Crim. 160 r
12

Digitized by Google

<36612561020018

<36612561020018

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Abhandlungen

aus dem

gemeinen teutschen Strafrechte.

Von

D. Heinrich Luden,

außerordentlichem Professor der Rechtswissenschaft und Beisitzer der Juristenfacultät und des Schöppenstuhles zu Jena.

Zweiter Band.

Ueber den Thatbestand des Verbrechens

nach gemeinem teutschen Rechte.

Göttingen,

Vandenhöck und Ruprecht,

1840.

90

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Ueber den

Thatbestand des Verbrechens

nach

gemeinem teutschen Rechte.

Von

D. Heinrich Luden,

außerordentlichem Professor der Rechtswissenschaft und Beisitzer der Juristenfacultät und des Schöppenstuhles zu Jena.

Göttingen,

Vandenhöck und Ruprecht.

1840.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGLA
MONACENSIS

Digitized by Google

Vorrede.

Die Vorrede zu dem ersten Bande meiner Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte hatte ich mit der Zusage geschlossen, daß dieser zweite Band, den ich hiermit dem wohlwollenden Urtheile der Sachverständigen übergebe, die Lehre von dolus und culpa, von der Urheberschaft und den verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen enthalten, und zur Ostermesse 1837 erscheinen sollte. Wie schon das Titelblatt dieses Bandes ergiebt, bin ich von dieser Zusage in doppelter Beziehung abgewichen. Denn der hier gegebene Inhalt trifft nicht vollkommen mit dem dort zugesagten zusammen und gegenwärtig ist schon die Ostermesse 1840 vorübergegangen. Nachstehendes möge mich entschuldigen und zugleich den Gesichtspunct andeuten, aus welchem ich die folgende Abhandlung angesehen wünsche.

In der That hatte ich ursprünglich die Absicht, die angegebenen Lehren in derselben Weise, in welcher ich früher die Lehre vom Versuche des Verbrechens behandelt, zum Gegenstande einer ausführlichen Monographie zu machen. Indem ich aber in der Arbeit nach diesem Plane fortschritt, wozu ich durch die Bearbeitung der Lehre

Digitized by Google

vom Versuche mehrfache Vorarbeiten gewonnen, mußte sich mir aus Gründen, die in der Einleitung entwickelt worden sind, die Ueberzeugung aufdrängen, daß dolus und culpa nur als Bestandtheile des verbrecherischen Thatbestandes, und mithin nur im Zusammenhange mit den übrigen Bestandtheilen desselben richtig aufgefaßt werden könne. Auf diese Art kam ich dazu, von meinem ursprünglichen Plane abzuweichen und die ganze Lehre von dem verbrecherischen Thatbestande zum Gegenstande dieser Abhandlung zu machen. Und mit dieser Abweichung, sowie mit vielfachen anderen Arbeiten, welche keinen Aufschub duldeten und mich oft zu langer Unterbrechung nöthigten, bitte ich, das verspätete Erscheinen dieser Schrift zu entschuldigen.

Was in diesem Bande gegeben wird, ist auf der einen Seite mehr, auf der anderen Seite weniger, als ich früher versprochen. Es ist mehr, in sofern in demselben nicht allein die angegebenen Lehren, sondern auch, wie die folgende Uebersicht ausweiset, viele andere Lehren dargestellt worden sind. Es ist weniger, in sofern von der Ausführung dieses erweiterten Planes die natürliche Folge gewesen ist, daß die Lehre von dolus und culpa, von der Urheberschaft und den verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen nicht mit der Ausführlichkeit behandelt worden ist, welche ihr hätte gewidmet werden

Digitized by Google

können, wenn sie zum ausschließlichen Gegenstande dieses Bandes gemacht worden wäre. Daher mag diese Schrift zwar in Beziehung auf den allgemeinen Thatbestand im Ganzen genommen, aber nicht in Beziehung auf die einzelnen Bestandtheile desselben eine Monographie genannt werden. Ich glaube, das nicht unbemerkt lassen zu dürfen wegen der Anforderungen, die hinsichtlich der Vollständigkeit und Ausführlichkeit in Behandlung der einzelnen Lehren an dieselbe gemacht werden könnten.

Der erste Band meiner Abhandlungen ist mit großem Wohlwollen aufgenommen worden. Einzelne der daselbst aufgestellten Ansichten haben, wie ich gern zugestehe, und auch hin und wieder in der folgenden Abhandlung anerkannt habe, Widerlegung und Berichtigung gefunden. Anderen meiner Ansichten ist Widerspruch entgegengesetzt worden, der mir nicht begründet zu sein scheint, wie denn auch denselben Ansichten von anderer Seite her, namentlich auch in legislativen Erscheinungen unserer Tage, Anerkennung und Uebereinstimmung zu Theil geworden ist. Durchgängig aber muß ich sehr dankbar sein für die anerkennende Weise, mit welcher meiner Schrift über den Versuch des Verbrechens in Büchern und Zeitschriften Erwähnung gethan ist.

Dieser zweite Band wird, fürchte ich, zu Widerlegung, Berichtigung und Widerspruch

Digitized by Google

reichlichere Veranlassung geben. Denn sehr oft und gerade in Beziehung auf die wichtigsten Lehren habe ich gangbaren und allgemein angenommenen Ansichten direct entgegentreten müssen. Ich kann versichern, das nicht ohne Besonnenheit, ja selbst nicht ohne eine gewisse Schüchternheit gethan zu haben, die Niemandem verdacht werden mag, der in den Fall kommt, Ansichten zu widersprechen, welche die Tradition und die Auctorität gewichtiger Namen für sich haben. Auch bin ich immer der practischen Consequenzen eingedenk gewesen, zu welchen meine Ansichten führen könnten, um auf diese Weise die Probe zu erhalten für das, was ich auf wissenschaftlichem Wege gefunden.

Im Uebrigen verweise ich wegen der Grundsätze, die ich bei der Ausarbeitung befolgt habe, auf die Vorrede zu dem ersten Bande meiner Abhandlungen. Daß in der folgenden Abhandlung Manches besser, als geschehen, hätte ausgeführt werden sollen, finde ich jetzt selbst schon, nachdem dieselbe beendigt ist und mir gewisser Maßen objectiv gegenüber steht. Andere, besorge ich, werden des Tadelnswerthen noch mehr entdecken. Daneben aber hoffe ich, daß sie auch Gutes und für die Wissenschaft Fruchtbares darin finden werden.

Jena, im Monat Junius, 1840.

Heinrich Luden.

Digitized by Google

Allgemeine Uebersicht des Inhaltes.

Einleitung.

Seite

Allgemeine Bemerkungen über den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens 1

Erstes Capitel.

Von der äußeren Erscheinung des Verbrechens und der Handlung als Ursache derselben 113

Digitized by Google

Zweites Capitel.

Seite

Von der Rechtswidrigkeit der Handlung 396

Drittes Capitel.

Von der verbrecheriſchen Willensbeſtimmung oder von dolus und von culpa 500

Digitized by Google

Specielle Uebersicht des Inhaltes.

Einleitung. Allgemeine Bemerkungen über den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens.

Seite

Inhalt, Standpunct und Plan der nachstehenden Abhandlung 1

Verschiedene Ansichten über die Bestandtheile des allgemeinen Thatbestandes 3

Geschichtliche Bemerkungen über corpus delicti und Thatbestand 5

Ursprünglich hat das corpus delicti bloß eine processualische Bedeutung 16

Bedeutung, welche das corpus delicti für das materiale Criminalrecht erhalten kann 40

Bestimmung des corpus delicti nach dem geschichtlichen Gesichtspuncte 48

Digitized by Google

Seite

Daraus abgeleiteter Begriff deſſelben 56

Beſtimmung des corpus delicti nach dem ſyſtematiſchen Geſichtspuncte 62

Daraus abgeleiteter Begriff deſſelben und Zuſammenfallen dieſes Begriffes mit dem Begriffe nach dem geſchichtlichen Geſichtspuncte 72

Plan des Folgenden 110

Erſtes Cap. Von der äußeren Erſcheinung des Verbrechens und der Handlung als Urſache derſelben.

Seite

Vorbemerkung 113

Erſte Abtheilung. Von der verbrecheriſchen Erſcheinung . 116

Geſchichtliche Entwickelung des Begriffes des Verbrechens. 119

Allgemeiner objectiver Character der verbrecheriſchen Erſcheinung 130

Verſchiedene, für den allgemeinen Thatbeſtand unweſentliche Eintheilungen der Verbrechen.

1) In delicta juris naturalis und delicta juris civilis. 138

2) In crimina publica und delicta privata . . . 142

3) In delicta communia und delicta propria . . 146

4) In delicta saecularia, ecclesiastica und mixta . 148

5) In Capitalverbrechen und Nichtcapitalverbrechen . 148

6) In geſetzlich ausgezeichnete, Theils qualificirte, Theils privilegirte und in einfache Verbrechen 152

Digitized by Google

Seite

7) In formale und in materiale Verbrechen . . . 155

In determinirte und vage Verbrechen 156

8) In vollendete und verſuchte Verbrechen . . . 158

9) In Privatverbrechen und in Staatsverbrechen . . 161

Von der für den allgemeinen Thatbeſtand wichtigen Eintheilung in Rechtsverbrechen und in Geſetzesverbrechen 166

In wiefern dieſe Eintheilung zuſammentreffe mit der Eintheilung in Rechtsverbrechen und in Policeiverbrechen. 173

In wiefern die Eintheilung in Rechtsverbrechen und in Geſetzesverbrechen ſich bei der äußeren Erſcheinung des Verbrechens geltend mache 186

Zweite Abtheilung. Von der Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird 202

Im Begriffe der Handlung iſt das Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten 202

Durch vis absoluta wird zwar die Möglichkeit, zu handeln, nicht aber die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben . . 206

Begriff der Handlung 215

Von Begehungsverbrechen und Unterlaſſungsverbrechen . 219

Ueber den Satz: in maleficiis ratihabitio mandato aequiparatur 253

Die Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird, iſt entweder Urheberſchaft oder Theilnahme . 260

Dritte Abtheilung. Von dem Cauſalzuſammenhange zwiſchen der Handlung und der verbrecheriſchen Erſcheinung 262

Wann Cauſalzuſammenhang Statt finde 263

Erklärung von l. 11. §. 3. l. 15. §. 2. l. 51. pr. §. 1 und 2. D. ad leg. Aquil 264

Erklärung des Art. 148 der Carolina 278

Digitized by Google

Seite

Unterscheidung zwischen juristischem und bloß physischem Causalzusammenhange 289

Ueber culpa und ignorantia und error facti 294

Von der Theilnahme an einem Verbrechen 332

Unterscheidung der Fälle der Theilnahme von den Fällen der Nichttheilnahme 333

Wodurch überhaupt Theilnahme entstehe 348

Wechselseitige und einseitige Theilnahme 350

Princip, nach welchem die verschiedenen Theilnehmer strafbar sind 362

Erklärung des Art. 148 der Carolina in Beziehung auf die Theilnahme 367

Hauptheilnahme und Nebentheilnahme 391

Zweites Cap. Von der Rechtswidrigkeit der Handlung.

Seite

Begriff der Rechtswidrigkeit 396

Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit nach ihrer äußeren Erscheinung 400

Scheinbare Rechtswidrigkeit der Handlungen, durch welche ein Gesetzesverbrechen begangen zu sein scheint . . 405

Scheinbare Rechtswidrigkeit der Handlungen, durch welche ein Rechtsverbrechen begangen zu sein scheint . . 411

Einzelne Fälle.

Einwilligung des Verletzten 412

Verletzung eines Rechtlosen 468

Digitized by Google

Seite

Tödtung des Ehebrechers und zur Nachtzeit im Hause Betroffenen 472

Verletzung aus Nothwehr 475

Drittes Cap. Von der verbrecherischen Willensbestimmung oder von dolus und von culpa.

Seite

Das objective Recht kann nicht anders verletzt werden, als mit verbrecherischer Willensbestimmung 501

Allgemeine Natur der verbrecherischen Willensbestimmung . 503

Verbrecherische Willensbestimmung bei den Rechtsverbrechen 504

Fälle, in welchen mit Willen begangene Rechtsverletzungen ohne verbrecherische Willensbestimmung begangen werden 509

Nothstand 510

Verbindlicher Befehl 511

Zu der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Rechtsverbrechen ist das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit nicht erforderlich 517

Arten der verbrecherischen Willensbestimmung 529

Dolus 530

Culpa 531

Gründe, aus welchen die verbrecherische Willensbestimmung aufgehoben wird 536

Digitized by Google

Seite

Wann ein doloſes und wann ein culpoſes Rechtsverbrechen vorhanden ſei 554

Verbrecheriſche Willensbeſtimmung bei den Geſetzesverbrechen 560

Dolus bei den Geſetzesverbrechen 569

Culpa bei den Geſetzesverbrechen 570

Digitized by Google

Einleitung.

Allgemeine Bemerkungen über den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens.

Inhalt, Standpunct und Plan der nachstehenden Abhandlung.

In der nachstehenden Abhandlung beabsichtige ich, eine Revision und Erörterung der Lehre von dem allgemeinen Thatbestande des Verbrechens zu versuchen. Diese Lehre nimmt in dem Systeme des allgemeinen Theiles unserer neueren criminalrechtlichen Compendien eine vorzüglich wichtige Stelle ein. Auch in dem besonderen Theile der Strafrechtswissenschaft ist es bei jedem Verbrechen erstes Erforderniß, den besonderen Thatbestand desselben zu bestimmen, weil daraus allein der gesetzliche Begriff dieses Verbrechens abgeleitet werden kann [1]). Ueber den be-

1) Es kann zwar für ein Lehrbuch zweckmäßig erscheinen, wie z. B. Feuerbach mit vielen Anderen thut, analytisch zu Werke zu gehen, indem zuerst der Begriff des einzelnen Verbrechens hingestellt wird, um denselben nachher in seine Bestandtheile zu zerlegen und auf diese Weise den Thatbestand zu gewinnen; allein

Digitized by Google

sonderen Thatbestand der einzelnen Verbrechen und namentlich über die Frage, was Alles in denselben aufgenommen werden müsse, scheint, so weit es sich bloß um das Princip handelt, keine wesentliche Meinungsverschiedenheit Statt zu finden. Denn auch diejenigen Criminalisten, welche über den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens nicht vollkommen übereinstimmen, geben den besonderen Thatbestand vieler einzelnen Verbrechen ganz gleichmäßig an. Bei einigen Verbrechen kommt es zwar hin und wieder vor, daß Einige noch ein Merkmal in den Thatbestand derselben aufnehmen, welches nach Anderen nicht dazu gerechnet werden kann. Allein die Meinungsverschiedenheit betrifft alsdann nur den Punct, ob dieses Merkmal überhaupt von den Gesetzen zu dem Thatbestande dieses Verbrechens verlangt werde, während auch Diejenigen, welche dieses in Abrede stellen, kein Bedenken tragen würden, jenes Merkmal in den Thatbestand mit aufzunehmen, wenn nach ihrer Ansicht die Gesetze dasselbe erforderten, um eben dieses bestimmte Verbrechen zu bilden [1]). Mit einem Worte, es wird keinen besonderen Widerspruch finden, wenn behauptet wird, daß der besondere Thatbestand des einzelnen

---

logisch richtiger ist die synthetische Methode, welche auch Martin in seinem Lehrbuche befolgt, indem man zuerst die einzelnen Merkmale, welche die Gesetze zu einem bestimmten Verbrechen erfordern, betrachtet, und aus denselben, als das Resultat, den Begriff bildet. Vergl. auch Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, §. 130. Note 3.

1) Z. B. ob zum Thatbestande des consummirten Kindermordes Lebensfähigkeit des Kindes gehöre, zum Thatbestande des dritten Diebstahles vorhergegangene zweimalige Bestrafung wegen Diebstahles, und dergleichen, was Einige behaupten, Andere leugnen.

Digitized by Google

Verbrechens gebildet und hergestellt werde durch eine Handlung, welche sämmtliche Merkmale an sich trägt, die von den Gesetzen erfordert werden, damit dieses bestimmte Verbrechen in ihr gefunden werden könne, und daß folglich der Inbegriff dieser Merkmale den Thatbestand dieses Verbrechens ausmacht.

Nicht so einverstanden sind dagegen die Rechtslehrer über den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens, indem hier über die Frage, was Alles in denselben aufgenommen werden müsse, verschiedene Ansichten herrschen. Nach der einen Ansicht gehören sämmtliche sowohl objective, als subjective Merkmale und zwar mit Einschluß der Zurechnungsfähigkeit zu dem allgemeinen Thatbestande [1]), während nach einer anderen Ansicht zwar auch die objectiven Merkmale, die subjectiven aber nur so weit in denselben aufgenommen werden müssen, als sie in der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten sind [2]); nach einer anderen Ansicht, scheint es, gehören dagegen subjective Merkmale überhaupt gar nicht unbedingt und regelmäßig zu dem allgemeinen Thatbestande, indem nur bei einigen Handlungen, bei welchen eine besondere Beschaffenheit des Willens erfordert werde, um ein bestimmtes Verbrechen zu bilden, von einem subjectiven Thatbestande gesprochen werden könne [3]); auch findet sich

---

1) Martin, Lehrbuch, § 28 und 29. Wächter, Lehrbuch §. 46 ff. Heffter, Lehrbuch §. 91. verglichen mit §. 35 ff. Abegg, Lehrbuch, § 69.

2) Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen, Wittenberg, 1805, §. 1.

3) Feuerbach, Lehrbuch §. 82, der zu dem, was immer zu dem Thatbestande eines Verbrechens gehöre, nur gewisse Merkmale der äußeren Handlung rechnet, während gewisse subjective, in dem Gemüthe des Verbrechers liegende Gründe der rechts-

Digitized by Google

in der Darstellung Einiger als Bestandtheil des allgemeinen Thatbestandes das Erforderniß der Strafbarkeit der Handlung [1]), welches von Anderen nicht hierher gezogen wird; endlich sollen nach der einen Ansicht bloß die wesentlichen Merkmale (essentialia delicti), deren Vorhandensein zu dem Begriffe des Verbrechens nothwendig ist, zu dem Thatbestande desselben gehören [2]), während nach einer anderen Ansicht auch die außerwesentlichen Merkmale, welche entweder zur Anwendung der ordentlichen Strafe erfordert werden (naturalia delicti), oder welche auf Schärfung oder Milderung der Strafe Einfluß haben (accidentalia delicti), dazu gerechnet werden müssen [3]).

---

widrigen Handlung, wie animus lucri faciendi beim Diebstahle, der Zustand des Affectes beim Todtschlage, nur oft (also nicht immer) ein Bestandtheil des Thatbestandes sein sollen. Vergl. auch Mittermaier, im N. A. des C. R. II. S. 532 f. und III. S. 413. nr. VII. a.

1) Wächter, a. a. O. §. 76. verglichen mit §§. 47 und 48. Martin a. a. O. §. 30 und Andere.

2) Martin, a. a. O. §. 29. verglichen mit §. 27 und 55. Abegg, a. a. O. §. 69.

3) Wächter, a. a. O. §. 46. Note 100. Darauf gründet sich die Eintheilung des Thatbestandes in wesentlichen und außerwesentlichen. — Eine andere von Stübel, a. a. O. §. 4 ff. vorgeschlagene Eintheilung des Thatbestandes in realen und personalen betrifft nicht sowohl die Frage, welche Merkmale überhaupt in den Thatbestand aufgenommen werden sollen, als sie vielmehr nur zu einer Classificirung derselben aufgestellt ist. Zu dem realen Thatbestande rechnet Stübel die Handlung selbst nebst ihren Wirkungen; zu dem personalen, die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften, welche entweder an der Person des Verletzten oder an der des Verbrechers dabei in Betracht kommen. Indessen ist diese Eintheilung, da sie das an der Person des Verbrechers und an der des Verletzten Vorkommende zusammen wirft,

Digitized by Google

Es ist aber, wie sich aus dem weiteren Verlaufe dieser Abhandlung hoffentlich ergeben wird, für die wissenschaftliche Anschauung sowohl, als für die practische Anwendung, welche ja, wenn jene irrig ist, ebenfalls nicht wohl die richtige sein kann, keineswegs gleichgültig, den allgemeinen Thatbestand in dieser oder jener Weise zu bestimmen und diese oder jene Merkmale in denselben aufzunehmen, oder aus demselben wegzulassen. Um nun für die Beurtheilung der verschiedenen darüber aufgestellten Ansichten den richtigen Standpunct zu gewinnen, dürfte es nothwendig oder wenigstens zweckmäßig sein, einige geschichtliche Bemerkungen vorauszuschicken über die Art und Bedeutung, in welcher sich der Begriff des Thatbestandes überhaupt entwickelt hat.

Der Ausdruck „corpus delicti" kommt in den Quellen unseres gemeinen Rechtes nicht vor. Ebenso wenig findet sich in denselben der Ausdruck „Thatbestand des Verbrechens", mit welchem man jene lateinischen Worte in unsere Sprache übertragen hat. Allein daraus folgt natürlich noch nicht, daß das, was man durch diese Ausdrücke ursprünglich zu bezeichnen pflegte, auch der Sache nach unseren Quellen fremd gewesen sein müsse. Es wird sich vielmehr zeigen, daß der Grundsatz, den schon die Glosse ausspricht, ut ante omnia constare debeat de delicto, oder, wie man sich später ausdrückte, de corpore delicti, ehe mit der Specialinquisition gegen einen Menschen verfahren werden könne, ein Grundsatz, zu welchem sich alle späteren italiänischen und teutschen Practiker

---

mehr geeignet, die Uebersicht zu erschweren, als zu erleichtern. Daher hat auch dieselbe nicht viel Beifall gefunden. Vergl. auch Martin, a. a. O. §. 29. a. E. und Abegg, a. a. O. S. 104.

Digitized by Google

einstimmig bekennen, in unseren Quellen ausdrücklich anerkannt ist, und daß die Glosse nebst ihren Nachfolgern erst durch dieselben darauf hingewiesen wurde, denselben auszusprechen.

Es war aber Nichts Anderes, als eine sehr natürliche Wahrheit, die ebenso wohl in der gesunden Vernunft, als in der Gerechtigkeit gegründet war, was durch diesen Grundsatz als Norm anerkannt werden sollte. Es war nämlich damit nur gemeint, daß es vor Allem gewiß sein müsse, es sei in der That ein Verbrechen begangen worden, ehe gegen Jemanden, als den Urheber desselben, die Specialinquisition verhängt werden könne. Denn die Untersuchung gegen einen bestimmten Menschen ist nicht darauf gerichtet, ob überhaupt ein Verbrechen begangen worden; ebenso wenig soll durch sie ermittelt werden, wer unter Mehreren oder Vielen, gegen welche keine besondere Verdächtigkeit vorliegt, dasselbe etwa begangen haben könne, sondern sie gehet darauf, ob der einzelne bestimmte Mensch, gegen welchen sie gerichtet wird, das Verbrechen verübt habe [1]). Deßwegen setzt sie, die Specialinquisition, noth-

1) Der sehr natürliche Unterschied zwischen Generalinquisition und Specialinquisition, den zuerst Pabst Innocenz IV. (in seinem apparatus zu den Decretalen Gregors IX. bei c. 17. 21. 24. X. de accus. (5. 1.) und cap. 23. X. de elect. (1. 6.) ausdrücklich aufstellte, der aber der Sache nach weit früher vorkommt, da die bei den Kirchenvisitationen Statt findende Inquisition de omnibus criminibus und de statu ecclesiae älteren Ursprunges ist, ist von den Practikern auch für das weltliche Strafrecht aufgenommen worden, jedoch mit Weglassung dessen, was bloß für das canonische Strafrecht paßte. *Angelus* de maleficiis, rubr. Haec est quaedam inquisitio. fol. 1 seq. *Gandinus*, de maleficiis, rubr. quomodo de malef. proced. per inquis. nr. 7. (fol. 331 b. der Ausgabe, welche als Anhang zu

wendig zwei Dinge voraus; erstens die Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich, und zweitens Verdachtsgründe gegen den Einzelnen, wegen welcher vor allen übrigen Menschen gerade gegen ihn die Untersuchung gerichtet wird. Die zweite Voraussetzung der Specialinquisition aber, daß nämlich gegen den einzelnen Menschen besondere Verdachtsgründe vorliegen müssen, kann nicht anders eintreten, als nachdem die erste Voraussetzung, die Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich, vorhanden ist. Denn ohne diese Gewißheit sind alle Verdachtsgründe und Anzeigen gewissermaßen Nichts, als ein referens sine relato, auf welche eben deßwegen kein rechtliches Gewicht gelegt werden kann.

Wie es aber ein logischer Widerspruch sein würde, gegen einen bestimmten Menschen als den Urheber eines Verbrechens eine Untersuchung richten zu wollen, ehe man mit Gewißheit weiß, daß dieses Verbrechen wirklich begangen worden, so würde es auch im höchsten Grade ungerecht sein, ohne diese Gewißheit die Specialinquisition zu beginnen. Denn da dieselbe ihrer Natur nach über den, gegen welchen sie verhängt wird, Nachtheile bringt, welche

---

Angelus 1532 gedruckt ist). Dieser sagt, es sei zu unterscheiden, utrum judex de maleficio inquirat contra aliquam singularem et specialem et nominatam personam, an inquirat generaliter de maleficio, si quis illud commiserit. In der letzteren seien die zur Specialinquisition erforderlichen Solennitäten nicht zu beobachten, sondern der Richter verfahre de plano et sine strepitu judiciario, und erst wenn der Richter completa hac inquisitione invenerit aliquem de ipso crimine infamatum, könne er zur Specialinquisition schreiten, indem er denselben citiren lasse und ihm die Inquisitionsartikel mittheile. Vergl. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses, 1827, S. 84. und S. 96.

Digitized by Google

zum größten Theile gar nicht wieder gut gemacht werden können, so verlangt die Gerechtigkeit schlechterdings, daß nicht ohne genügende Verdachtsgründe zur Specialinquisition geschritten werde. Und da alle Verdachtsgründe, wie bemerkt worden ist, nur aus dem Grunde Verdachtsgründe oder Indicien sind, weil sie eine Beziehung enthalten zwischen dem Objecte des Verbrechens und dem Subjecte desselben, so folgt daraus von selbst, daß gerechter Weise nur wenn die Gewißheit des ersteren hergestellt ist, die Specialinquisition eröffnet werden kann.

Das Erforderniß, daß vor Allem das Objective des Verbrechens gewiß sein müsse, ehe gegen einen bestimmten Menschen Untersuchungsschritte vorgenommen werden, welche, wenn sie gegen einen Unschuldigen gerichtet wären, eine Ungerechtigkeit sein würden, kann aber natürlicher Weise nicht auf den Inquisitionsproceß beschränkt sein, sondern muß auch für den Accusationsproceß gelten. Denn auch wenn sie nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anklage eröffnet wird, bleibt sie für Den, der unschuldig in dieselbe gezogen wird, immer ein Uebel, von welchem er ungerechter Weise betroffen wird.

Allein bei dem reinen Anklageprocesse, wie derselbe im römischen Rechte ausgebildet ist, liegt es in der Natur der Sache, daß jenes Erforderniß in anderer Weise ausgedrückt sein müsse, als bei dem Inquisitionsprocesse. Denn wenn, wie es nach römischem Rechte der Fall war, der Anklageproceß bloß als eine Sache zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten verhandelt wird, ohne daß von einem Magistratus dabei mitgewirkt wurde, so gehörte die Behauptung, daß das Verbrechen sowohl an und für sich, als auch von dem bestimmten Angeklagten begangen worden sei, zu dem Grunde der Anklage, der im Leugnungs-

Digitized by Google

falle von dem Ankläger bewiesen werden mußte. Damit nun nicht Jemand ohne jene sichere Grundlage in den Anklagezustand versetzt werden könne, brauchten bloß über die Art und Weise, in welcher die Anklage eingerichtet werden müsse, solche Regeln aufgestellt zu werden, daß Jeder durch dieselben abgehalten werden mußte, ungegründete Anklagen zu erheben. Und dafür war im römischen Rechte hinlängliche Sorge getragen, Theils durch die Vorschrift, daß in der Anklage ganz genau angegeben sein müsse, in welcher Weise und unter welchen Umständen, von wem und gegen wen das angebliche Verbrechen begangen sein solle, Theils durch das vorläufige Prüfungsrecht, welches dem Magistratus über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Anklage zustand [1]), Theils durch die in crimen subscriptio, sowie die harten Strafandrohungen gegen Calumnien, denen sich der Ankläger aussetzte, wenn er seine Anklage nicht zu beweisen vermochte [2]). Bei solchen Grundsätzen brauchte es nicht besonders ausgesprochen zu sein, daß die Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich hergestellt sein müsse, ehe Jemand in den Anklagezustand versetzt werden könne. Es verstand sich dieses von selbst, da sich ohne diese Gewißheit Niemand versucht fühlen konnte, eine Anklage gegen Jemanden zu erheben.

---

1) Der Ankläger mußte, wenn er überhaupt zugelassen werden wollte, sogleich bei Anstellung der Klage seine Beweisgründe darlegen, wie noch von Constantin in seinem edictum de accusationibus verordnet wurde. Vergl. Klenze, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Klenze, Band IX, S. 56.

2) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, erste Abtheilung §. 12. Meine Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Band I, S. 98.

Digitized by Google

Der Ankläger konnte sich nicht ein Mal hierauf beschränken, da er noch überdieß behaupten und beweisen mußte, daß das Verbrechen von der bestimmten Person des Angeklagten verübt worden war. Weil aber auf diese Weise seine Behauptung und sein Beweis auf das Objective und auf das Subjective des Verbrechens zu gleicher Zeit gerichtet sein und der Beweis über das erstere in dem Beweise über das letztere gewissermaßen aufgehen oder wenigstens in demselben zugleich mit enthalten sein mußte, so konnte es auch den römischen Juristen, so weit sie den Anklageproceß im Auge hatten, nicht wohl in den Sinn kommen, das Objective des Verbrechens getrennt von dem Subjectiven in Betrachtung zu ziehen. Diesem Umstande ist es wohl ohne Zweifel zuzuschreiben, daß sich im römischen Rechte für den Anklageproceß nirgends die ausdrückliche Vorschrift findet, daß vor Allem das Objective des Verbrechens, abgesehen von dem Subjectiven, gewiß sein müsse, ehe zur Erörterung der Thäterschaft geschritten werden könne [1]).

---

1) Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, S. 284. Wenn aber Roßhirt, a. a. O. S. 285 b. noch weiter behauptet, daß auch der subjective Standpunct des römischen Criminalrechtes nicht gestattet habe, zwischen dem Objectiven und dem Subjectiven des Verbrechens eine Trennung zu machen, so beruhet das wohl auf einem Irrthume. Denn irgend eine objective Seite mußten alle Verbrechen bieten, da der bloße animus nicht gestraft wurde, und überdieß kamen ungeachtet des subjectiven Standpunctes im gewöhnlichen Leben die Verbrechen wohl in derselben Weise vor, als heutiges Tages, daß nämlich der Verbrecher, wenn auch nicht immer, doch oftmals den Erfolg wirklich hervorbrachte, den er beabsichtigt hatte. Dieser Erfolg blieb alsdann zwar ohne Einfluß auf die Strafbestimmung, allein er war doch da und gehörte mit zu dem Falle, der gerade vorlag, wie

Digitized by Google

Anders verhält es sich dagegen bei dem Inquisitionsprocesse, der von Amtswegen, ex officio judicis, veranlaßt [1]) oder eröffnet wird. Das officium judicis kann zwar hier unbedenklich darauf erstreckt werden, im Allgemeinen nachzuforschen, ob und von wem ein Verbrechen begangen worden, da durch eine solche Generalinquisition kein Einzelner eine Verletzung erleidet. Allein der Pflichteifer kann sich leicht versucht fühlen, weiter zu gehen, und das Objective erst durch Erörterung des Subjectiven ermitteln zu wollen, mit anderen Worten, den Beweis, daß ein Verbrechen begangen worden sei, dadurch herstellen zu wollen, daß man unter einstweiliger Voraussetzung desselben die Untersuchung gegen einen bestimmten Menschen als Thäter einleitet, um durch dessen Geständniß den Beweis zu erhalten, daß das Verbrechen in der That begangen worden sei [2]). Daß aber dieser Weg mit der Gerechtig-

denn auch von ihm oft auf das Subjective des Verbrechens, namentlich darauf geschlossen werden konnte, ob sich der Verbrecher in dolo befunden hatte.

1) Denn es ist auch Inquisitionsproceß, wenn ein öffentlicher Ankläger ex officio die Anklage erhebt und die Untersuchung veranlaßt. Der Untersuchungsproceß hat hier bloß die äußere Form des Anklageprocesses, ohne materiell mit demselben etwas gemein zu haben.

2) Roßhirt, a. a. O. S. 285, behauptet, es liege im Geiste des Inquisitionsprocesses, durch die Untersuchung der That auf den Thäter geleitet zu werden, während der Accusationsproceß es mit sich bringe, durch den vom Ankläger hingestellten Thäter auf die Untersuchung der That zu kommen. Ich kann dieses nicht zugeben. Denn der Ankläger wird Niemanden als Thäter hinstellen, gegen welchen er nicht genügende Beweisgründe oder wenigstens Verdachtsgründe in Händen hat, und diese erfordern natürlicher Weise als Voraussetzung, daß Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich vorhanden sei. Oder gesetzt

Digitized by Google

keit unvereinbar sei, da durch ihn auch ein Unschuldiger leicht in die Nachtheile einer Specialinquisition gebracht werden kann, ist bereits in dem Früheren angedeutet worden. Deßhalb ist es denn, wie ebenfalls bereits bemerkt worden ist, für den Inquisitionsproceß nothwendig, oder wenigstens zweckmäßig, daß der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen werde, es müsse vor Allem die Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich vorliegen, ehe mit der Specialinquisition gegen einen Menschen verfahren werden könne. In der That findet sich auch dieser Grundsatz ausgesprochen in dem römischen Rechte sowohl, als unserem einheimischen gemeinrechtlichen Strafgesetzbuche.

---

auch, es fand sich Jemand, der ohne hinlängliche Beweismittel eine Anklage erheben wollte, so wurde dieselbe, wenigstens nach römischem Rechte, von dem Magistratus zurückgewiesen. Bei dem Inquisitionsprocesse dagegen liegt es zwar auch nicht in dem Geiste desselben, durch die Untersuchung des Thäters auf die That zu kommen, indem diese Richtung und Anwendung vielmehr nur für einen Mißbrauch angesehen werden kann. Allein dieser Mißbrauch ist leicht möglich, und gerade um denselben zu verhüten, bedarf es der Vorschrift, daß vor Allem das Objective des Verbrechens gewiß sein müsse, ehe die Specialinquisition eingeleitet werden könne. In der That fehlt es nicht an vielfachen Beispielen für diesen Mißbrauch. Um von einzelnen Fällen zu schweigen, in welchen Specialinquisition eingeleitet wurde wegen der Ermordung von Menschen, die sich noch am Leben befanden, oder wegen Entwendungen, die gar nicht begangen worden waren, und in welcher auch durch dieselbe Geständnisse erlangt wurden, braucht hier bloß erinnert zu werden an die Hexenproeesse, in welchen man durch die Specialinquisition Geständnisse über Dinge erhielt, die gar nicht vorgekommen waren. Hätte man sich immer zuvor um die objective Gewißheit umgethan, ob Jemand mit dem Teufel gebuhlt habe, ehe man ihn peinlich darum befragte, so wären viele unschuldige Leute ungepeinigt und ungestraft geblieben.

Digitized by Google

Das römische Criminalverfahren beruhete zwar im Wesentlichen auf dem Anklageprocesse. Allein dieser hatte in der Kaiserzeit viel von seiner ursprünglichen Reinheit verloren und immer mehr von dem Inquisitionsprocesse in sich aufgenommen, indem namentlich die Folter auch gegen Freie in Anwendung gebracht werden konnte [1]). Auch hatten manche Beamte die Befugniß und Verpflichtung, sich von Amtswegen mit Verfolgung und Bestrafung der Verbrecher zu befassen, sowohl in Ansehung der schwereren und gefährlicheren Verbrechen im Allgemeinen, als auch mehrerer einzelnen Verbrechen im Besonderen, die für besonders wichtig und strafbar gehalten wurden [2]). Zwischen Specialinquisition und Generalinquisition, welche letztere natürlich volle Gewißheit des Objectiven des Verbrechens nicht als Vorbedingung erfordert, da sie mit darauf gerichtet ist, diese Gewißheit herzustellen, ist zwar im römischen Rechte noch nicht unterschieden; allein für dasjenige Stadium der Specialinquisition, bei welchem es am Einleuchtendsten hervortritt, daß es in seiner Anwendung gegen einen Unschuldigen eine große Ungerechtigkeit enthält, für die peinliche Frage nämlich, ist es ausdrücklich ausgesprochen, daß sie als nothwendige Voraussetzung die Gewißheit des Objectiven des Verbrechens erfordere. Die hierauf bezügliche Stelle stehet in dem Titel ad Senatusconsultum Silanianum, nach welchem die Sclaven eines Ermordeten, die im Stande gewesen waren, ihrem Herrn zu Hülfe zu kommen, ohne es gethan zu haben, zur Tortur und Strafe gezogen werden konnten [3]). Hier sagt Ulpian in

1) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, §. 27.

2) Vergl. hierüber vorzüglich Biener, a. a. O. S. 11—15.

3) Totus tit. D. de S. C. Silaniano. 29. 5.

l. 1. §. 24. D. h. t. Item illud sciendum est, nisi constet, aliquem esse occisum, non haberi de familia quaestionem. Liquere igitur debet, scelere interemtum, ut Senatusconsulto locus sit.

Eine ähnliche Vorschrift haben wir von den Kaisern Severus und Antoninus in l. 1. C. ubi causae fiscal. agantur, 3. 26: „Non defensae mortis quaestionem apud procuratores nostros non oportere tractari nec bona a fisco peti posse, priusquam de crimine constiterit apud eum, cui convictis poenam irrogare licet, quis est, qui ignorat?

Es mußte also, ehe zur Tortur gegen Sclaven geschritten werden konnte, objectiv ausgemacht sein, nicht allein, daß der Herr todt war, sondern auch, daß er durch ein Verbrechen, nicht etwa durch Selbstmord oder auf andere Weise sein Leben verloren hatte. Wenn man aber die Gewißheit des Objectiven des Verbrechens selbst für nothwendig erachtete, wenn es sich nur darum handelte, Sclaven zur Folter zu bringen, so darf daraus mit Sicherheit geschlossen werden, daß man bei Anwendung derselben gegen freie Menschen nicht, so zu sagen, leichtsinniger zu Werke gegangen sein werde, indem man diese Gewißheit etwa nicht dazu erfordert hätte. Wenn daher auch die römischen Juristen, wo sie sonst von Anwendung der Folter sprechen, nur im Allgemeinen verlangen, daß nicht ohne dringende Verdachtsgründe dazu geschritten werden könne, ohne besonders hervorzuheben, daß dazu vor Allem Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich gehöre, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Voraussetzung stillschweigend von ihnen gemeint gewesen sei [1]).

1) l. 1. pr. §. 1. D. de quaestionibus, 48. 18. „In criminibus eruendis quaestio adhiberi solet. Sed quando vel

Digitized by Google

Denn Verdachtsgründe erhalten, wie bereits öfters bemerkt worden ist, ihre Eigenschaft als solche erst dadurch, daß die Umstände, auf welchen sie beruhen, in Beziehung gebracht werden können zu einem begangenen Verbrechen, so daß ohne die Gewißheit des begangenen Verbrechens an und für sich auch von einem Verdachtsgrunde oder Indicium keine Rede sein kann.

Die Carolina beginnt aber die Artikel, die vom Annehmen der Uebelthäter von der Obrigkeit und Amtswegen sprechen [1]), mit der Vorschrift, daß Niemand, auch wenn er durch gemeinen Leumund einer Uebelthat berüchtigt sei, peinlich gefragt werden solle, wenn nicht zuvor redliche und genugsame Anzeigung und Vermuthung wegen dieser Missethat auf ihn glaubwürdig gemacht worden sei. Alsdann wird Art. 6. fortgefahren: „Darzu soll auch ein jeder Richter in diesen großen Sachen vor der peinlichen Frage, soviel möglich und nach Gestalt und Gelegenheit einer jeden Sachen, beschehen kann, sich erkundigen und fleißig Nachfragens haben, ob die missethat, darumb der angenommene berüchtiget und verdacht, auch beschehen sei oder nit."

---

quatenus id faciendum sit ordeamus. Et non esse a tormentis incipiendum, et Divus Augustus constituit, neque adeo fidem quaestioni adhibendam. — §. 1. ... ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus, et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur. — l. 18. §. 2. D. eod. In ea causa, in qua nullis reus urgumentis urgebatur, tormenta non facile adhibenda sunt, sed instandum accusatori, ut id, quod intendat, comprobet atque contineat. — l. 22. D. eod. Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi aliquibus suspicionibus urgeantur."

1) P. G. O. Art. 6 ff.

Digitized by Google

Diese Stellen der Gesetze sind es vorzüglich, welche den Practikern Veranlassung gegeben haben, ihre Lehre von dem corpus delicti zu entwickeln, oder vielmehr, diese Stellen sind es, in welchen die Practiker das ausgesprochen glaubten, was sie mit ihrer Lehre von dem corpus delicti sagen wollten [1]).

Schon die Glosse macht zu der l. 1. §. 24. cit. die Bemerkung: Sed hic quaestio non fit, nisi cum liquet, eum scelere interemtum, ut hic. Num quid ergo fit quaestio semper, quando liquet? Respondeo, liquere debet, eum scelere defunctum, etsi persona ignoretur, quae fecerit; ad personam ergo declarandam fit quaestio, quae ignorari potest, etiamsi constet, eum scelere occisum.

Sie, die Glosse, unterscheidet daher schon die doppelte Richtung, welche, in jeder Untersuchung liegt, die objective nämlich, welche abgesehen von der Person des Thäters, bloß die Gewißheit herstellen will, daß wirklich ein Verbrechen begangen worden, und die subjective, der es um Ausmittelung der Thäterschaft zu thun ist. Die objective Richtung der Untersuchung muß aber zum Resultate geführt haben (liquere debet, eum scelere defunctum), ehe zur Specialinquisition gegen einen Menschen, als Thä-

1) Außerdem berufen sie sich noch auf l. 5. §. 2. D. 2. 7. l. 23. §. 11. D. 9. 2. l. 1. §. 27. D. 48. 18. l. 24. D. 29. 1. l. 66. §. 4. D. 47. 2. l. 6. D. 48. 10., welche Stellen allerdings zum Theil hierher passen, indem in einigen derselben ausgesprochen ist, daß ein Geständniß, welches der factischen Wahrheit zuwider laufe, keine rechtlichen Folgen habe, und daß immer erst das factum, von welchem die Gesetze rechtliche Folgen abhängig machen, vorhanden und gewiß sein müsse, ehe dieselben eintreten können.

Digitized by Google

ter, zur quaestio ad declarandam personam geschritten werden kann.

Die Nachfolger der Glosse, die italiänischen Practiker vom dreizehnten Jahrhundert an, die vorzüglich vom Standpuncte des Inquisitionsprocesses aus schrieben, da dieser zu ihrer Zeit schon allgemein im Gebrauche war[1]), beobachten in ihren Schriften ebenfalls diese Trennung des subjectiven Theiles des Verbrechens von dem objectiven Theile desselben, in der Bedeutung, daß die Gewißheit dieses letzteren hergestellt sein müsse, ehe die Untersuchung gegen eine bestimmte Person gerichtet werden könne. Gandinus

1) *Albertus de Gandino* in seinem bekannten libellus super maleficiis führt zwar in Rubr. Qui accusare possunt, vel non, nr. 3. die Fälle namentlich auf, in welchen der Richter ex officio inquiriren dürfe und müsse, während in den übrigen Fällen eine Verurtheilung nur in Folge einer Anklage erfolgen könne. (Er beruft sich dafür auf die Geschichte mit Christus und der Ehebrecherin, zu welcher Christus gesagt habe, daß er sie nicht verdammen wolle, wenn kein Ankläger wider sie auftrete, in welcher geistreichen Nutzanwendung der heiligen Schrift, beiläufig gesagt, vielleicht die Ursache liegt, aus welcher auch die Carolina Art. 120 den Ehebruch nicht von Amtswegen bestraft haben will.) Allein die Fälle, in welchen Gandinus die Inquisition ex officio gestattet, umfassen fast alle Verbrechen, und überdieß bezeugt er noch in Rubr. Quomodo de malef. cognoscatur per inquis. nr. 8., daß heutiges Tages die Richter gegen Verbrecher jeglicher Art von Amtswegen zu verfahren pflegten. Uebrigens nimmt Gandinus, sowie auch die übrigen Practiker außer dem Accusationsprocesse und dem Inquisitionsprocesse noch andere Formen des Verfahrens an, namentlich die von den Canonisten aufgestellten Formen der denuntiatio, der exceptio und des crimen notorium. In materieller Hinsicht laufen jedoch diese Formen auf das Inquisitionsverfahren hinaus. Vergl. Biener, a. a. O. S. 16 ff.

Digitized by Google

nennt diese Gewißheit die veritas delicti, und verlangt, daß sich der Richter dieselbe verschaffe durch eigenen Augenschein, indem er sich an Ort und Stelle des begangenen Verbrechens begebe [1]). An einem anderen Orte, Rubr. de praesumt. et indic. dubit. nr. 6. (fol. 341.) sagt er: Aliud est notatu dignum et oblivioni non trade, quod ad hoc, ut debeat et possit praesumi contra aliquem, aliquid ipse delictum commiserit, debet constare judici, illud malum fore commissum, et quomodocunque per testes vel indicium vel alias per evidentiam facti ... Punctum enim est illud crimen, super quod debet praesumi et fundari; unde si de ipso crimine non constaret, quidquid aedificaretur, nullum esset; unde discreti assessores, antequam inquirant, vel accusationes recipiant, vel super eis procedant, faciunt per aspectum videri hominem mortuum vel vulneratum.

Ebenso sagt Bartolus: Quandoque de maleficio fit inquisitio generalis, non contra certam personam, quandoque specialis contra certam personam. Primo casu, antequam ad investigationem aliquam procedat, debet constare de maleficio. Et ideo rectores mittunt militem vel alium officialem ad videndum hominem mortuum et ad videndum vulnera, ut super hoc postea possit inquiri [2]). An einem anderen Orte zu l. 1. §. 24. D. de S. C. Silaniano: „Ex isto sumitur practica, quod curia mittet notarium, ut videat mortuum et describat vulnera, quia cum constet curiae, poterit postea procedere ad investigandum de maleficio."

1) Rubr. Quomodo de malef. cognosc. per inquis.

2) Zu l. ult. D. de quaest. 48. 18.

Digitized by Google

In ähnlichem Sinne sagt Angelus: tu judex sis bene cautus, ne aliquem ad torturam pro maleficio ponas, priusquam constet curiae tuae, id maleficium fuisse commissum, licet ignoretur, quis illud commiserit; unde si furtum dicitur factum, facias in bastardello tuo per diligentem inquisitionem querelam et testes et missionem tui officialis, ubi furtum commissum est, describi et ponere per tuum notarium. Et sic de homicidio, quod mittas officialem ad videndum mortuum et vulneratum et vulnera describi, et hoc redigas prius in actis [1]). Zu diesen Worten fügt Augustinus erläuternd hinzu, es müsse vor Allem liquide constare de delicto, ehe zur Tortur geschritten werden könne, da diese ad liquidationem personae und nicht ad liquidationem facti vorgenommen werde [2]).

Diese Mittheilungen aus den Werken italiänischer Practiker, welche, wenn es nöthig wäre, weit zahlreicher hätten gegeben werden können, beweisen zur Genüge, in welcher Bedeutung und zu welchem Zwecke sie die veritas oder liquidatio delicti, oder das constare de delicto verlangten. Sie bezeichneten aber mit diesen Ausdrücken ganz dasselbe, was, soviel bekannt ist, Farinacius [3])

---

1) Angelus de Aretio de maleficiis, Rubr. Quod fama publica praecedente, nr. 108. (Nach der Ausgabe Lugduni 1532. fol. 108.)

2) Augustinus, wie er sich selbst nennt, bonfranciscus ariminensis Doctor, Geheimsecretair bei dem Herzog von Ferrara, Hercules von Este. Seine Zusätze und Erläuterungen zu Angelus sind in dessen Ausgabe von 1532 an den betreffenden Orten eingeschaltet.

3) *Prosper. Farinacius*, Variae quaestiones et communes

Digitized by Google

zuerst, und nach ihm die teutschen Practiker des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts durch den Kunstausdruck corpus delicti, constat de corpore delicti sagen wollten, nämlich die Gewißheit des Verbrechens, welche begreiflicher Weise sehr leicht abgesondert von der Gewißheit des Verbrechers vorkommen konnte. Ehe jene hergestellt war, sollten gegen keinen bestimmten Menschen processualische Schritte vorgenommen werden können, um zu dieser zu gelangen, und damit dieses eben nicht geschehe, wurde der Grundsatz aufgestellt, ut ante omnia constare debeat

---

opiniones criminales, lib. I. tit. 2. quaest. 2. bedient sich des Ausdruckes corpus delicti; vor ihm noch Niemand; Farinacius schrieb diesen Titel im Jahre 1581. Vergl. Biener, a. a. O. S. 117 f. Biener vermuthet übrigens, daß der Kunstausdruck der Erfindung des Farinacius nicht zuzuschreiben, sondern schon vor ihm vorhanden gewesen sei. Ich habe denselben, vielfachen Suchens ungeachtet, ebenso wenig als Biener bei einem früheren Schriftsteller finden können. Farinacius l. c. qu. 1. nr. 6. gebraucht diesen Ausdruck allerdings ohne irgend eine Andeutung, daß derselbe etwas Neues sei. Er beruft sich dabei auf seine Vorgänger, Gandinus, Angelus, Clarus und Andere, wo diese von constare de delicto sprechen. Der generalisirende Ausdruck corpus delicti lag übrigens sehr nahe, da man schon vorher in specieller Beziehung bei der Tödtung von constare de corpore mortuo gesprochen hatte. Deßwegen fiel derselbe Niemandem auf, und Farinacius, wenn er anders wirklich der Erfinder sein sollte, dachte wohl nicht daran, daß dieser Ausdruck in der Folgezeit ein ausschließlich technischer werden würde. In der That gebraucht er selbst noch constare de corpore delicti und constare de delicto als ganz gleichbedeutend neben einander, wie dieses auch noch von weit späteren Schriftstellern, von Carpzov und noch Späteren, vielfach geschiehet.

Digitized by Google

de delicto, ehe zur Specialinquisition geschritten werden könne [1]).

Allein aus dieser Angabe des Zweckes, zu welchem das Erforderniß der veritas delicti gemacht wurde, läßt sich der materielle Inhalt desselben noch nicht ersehen. Zwar läßt sich daraus, daß das constare de delicto oder das corpus delicti nur die Grundlage sein sollte, um gegen das Subject des Verbrechens, gegen den Verbrecher, zu verfahren, soviel abnehmen, daß dabei zunächst an das Objective des Verbrechens, abgesehen von der Person des

1) Noch aus einem anderen Grunde mußten die italiänischen Practiker darauf kommen, diesen Grundsatz auszusprechen. Sie gingen nämlich von dem Satze aus: Inquisitio succedit in locum accusationis, et judex vices accusatoris sustinet, excepta inscriptione, und deßwegen war der Inquisitionslibell, welcher dem Angeschuldigten bei Eröffnung der Specialinquisition mitgetheilt wurde, in derselben Weise eingerichtet, als es nach römischem Processe die Anklage sein mußte. Ein solcher Inquisitionslibell, deren *Bonifacius* de maleficiis, Rubr. de inquisitionibus et earum formis eine ziemliche Anzahl mittheilt, lautete folgendermaßen: „In nomine dei amen. Haec est inquisitio quae fit et fieri intenditur per nobilem virum dominum A. potestatem ect. contra L. filium talis de tali loco in eo et de eo et super eo, quod ad aures ect. fama publica ect. pervenit, quod tali anno, mense et loco ect. insultavit et insultum fecit praedictus L. contra talem ect. et ipsum percussit et vulneravit cum uno cultello ferritorio in facie ex cujus percussione et vulnere sanguis exivit, super quibus omnibus et generaliter super aliis omnibus adhaerentibus, dependentibus et connexis dominus potestas inquirere intendit et dictum L. repertum culpabilem de praedictis vel aliquo praedictorum punire et condemnare secundum formam juris.“ Vergl. auch Biener, a. a. O. S. 101 ff. Dieser specificirte Libell setzte natürlich voraus, daß das Objective des Verbrechens bereits bewiesen war.

Digitized by Google

Thäters gedacht war. Allein ist eine solche Trennung des Subjectiven des Verbrechens von dem Objectiven desselben überhaupt in der Weise consequent durchzuführen, daß bei der Betrachtung des einen auf das andere gar keine Rücksicht genommen würde? Oder wenigstens, würde diese Trennung, wenn sie anders wirklich in der Theorie streng durchgeführt werden könnte, sich für die Praxis als brauchbar erweisen? Mit der Beantwortung dieser Fragen, welche der Natur der Sache nach verneinend ausfallen muß, hängt die Frage zusammen, wann und wodurch das corpus delicti überhaupt als bewiesen angenommen werden könne? Und die Antwort auf diese Frage wird nothwendig enthalten, was eigentlich den materiellen Inhalt des corpus delicti bilde. Denn dieser Inhalt kann in Nichts Anderem bestehen, als in dem Inbegriffe sämmtlicher Momente, durch welche eben das Dasein des corpus delicti bedingt wird.

Der einfachste und natürlichste Beweis dafür, daß ein Verbrechen begangen worden, liegt in dem Augenscheine oder in der sinnlichen Wahrnehmung des Erfolges, der durch dasselbe hervorgebracht war. Bei der Tödtung, welche den Practikern immer die vorzüglichste Gelegenheit gab, die Lehre vom corpus delicti zu entwickeln, Theils weil l. 1. §. 24. D. de S. C. Silan. und l. 1. C. ubi causae fisc. agantur, in welchen das constare de crimine vorkommt, von der Tödtung handeln, Theils weil dieses Verbrechen seiner Natur nach es am Leichtesten gestattete, das Object des Verbrechens abgesehen von dem Subjecte desselben in Betrachtung zu ziehen, wurde dieser Beweis daher am Natürlichsten geführt durch die Besichtigung des corpus mortuum und der Wunden, die demselben zugefügt waren. Die Practiker stimmen, wie sich auch aus den, aus ihren Werken mitgetheilten Stellen er-

Digitized by Google

giebt, hierin überein, wobei auch schon für den Befundbericht der Kunstausdruck visum et repertum vorkommt, in derselben Bedeutung, in welcher wir ihn heutiges Tages gebrauchen [1]). Das constare de delicto wird dabei auf körperlichem, sinnlichen Wege hergestellt, und der Ausdruck corpus delicti wurde gewiß ursprünglich gebraucht, wenn der todte Körper vorlag und in Augenschein genommen wurde.

Allein eine andere Frage ist, ob sinnliche Wahrnehmung der einzige Weg sei, auf welchem man zu dem constare de corpore delicti gelangen könne. Augustinus scheint keinen anderen Weg anerkennen zu wollen. Zum Wenigsten referirt er tadelnd eine Entscheidung des Angelus, der in einem Falle, da Mehrere gestanden hatten, einige fremde Kaufleute beraubt, ermordet und deren Leichname in das Wasser geworfen zu haben, die Gestehenden zur Todesstrafe verurtheilt hatte, weil sie übelberüchtigte Leute gewesen und an der Stelle, wo sie das Verbrechen begangen haben wollten, Wasser gewesen sei, durch welche Umstände das Geständniß wahrscheinlich werde und das constare de delicto hergestellt werde. Auch äußert er sich mißbilligend über die Ansicht des Baldus, der zwar behaupte, daß, wenn Jemand gestehe, einen Menschen getödtet und den Leichnam in das Wasser geworfen zu ha-

---

1) *Hippolytus de Marsiliis* († ungefähr 1525). Practica causarum criminalium, §. principium nr. 4. §. postquam, nr. 5: Judex non procedere potest, nisi sibi constet, delictum esse commissum et de hoc visum et repertum concipitur. Der Ausdruck visum et repertum für diesen Bericht kommt, wie Hippolyt weiter berichtet, davon her, weil die Notarien in ganz Italien die Gewohnheit hätten, ihren Bericht mit diesen Worten zu beginnen.

Digitized by Google

ben, die Todesstrafe nicht erkannt werden könne cum non constet de corpore mortuo, der aber dennoch, auch wenn das corpus mortuum nicht vorliege, die Todesstrafe eintreten lassen wolle, si probetur per famam, illum esse mortuum per dictum. Das sei aber unrichtig, weil, wo es sich um ein großes praejudicium handele, der Tod nicht per solam famam bewiesen werden könne. Auch müsse, wenn Jemand gestehe, gestohlen zu haben, constare de rebus subtractis, damit das Geständniß zur Verurtheilung in die Strafe führen könne [1]). Nach Augustinus bedeutet daher constare de delicto, oder, wenn er diesen Ausdruck bereits gekannt hätte, de corpore delicti, bei der Tödtung das wirkliche Vorliegen des corpus mortuum, bei dem Diebstahle das Vorliegen der res subtractae, so daß nur, wenn dieses Statt hatte, Specialinquisition und Verurtheilung in die Strafe erfolgen konnte.

Es braucht aber nicht weitläufig ausgeführt zu werden, daß diese Ansicht, so gut sie gemeint und für das Interesse der Unschuld berechnet sein mochte, sich als practisch unbrauchbar erweisen mußte. Denn viele Verbrechen sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie gar keine äußerlich erkennbaren Spuren, so zu sagen, kein körperliches corpus delicti hinterlassen. Bei anderen Verbrechen stehet es wenigstens oftmals in der Hand des Verbrechers, die Spuren desselben wieder zu vertilgen, so daß nachher ebenfalls kein corpus delicti im wörtlichen Sinne von denselben aufgefunden werden kann. In diesen Fällen, in welchen ungeachtet des fehlenden körperlichen corpus de-

1) *Augustinus* ad Angel. Rubr. Quod fama publica praecedente, nr. 108 und 114; ad Rubr. Etiam vestem celest. nr. 25 und 26.

Digitized by Google

licti doch oft vernünftiger Weise an der Existenz des Verbrechens und der Schuld nicht gezweifelt werden kann, würde daher die Ausübung der strafenden Gerechtigkeit gänzlich haben unterbleiben müssen, wenn es nach der Meinung von Augustinus gegangen wäre.

Ueberdieß ist bei vielen Verbrechen und in vielen Fällen das Dasein eines corpus delicti, oder vielmehr, um genauer zu sprechen, das Dasein derjenigen Umstände, welche sonst gewöhnlich das corpus delicti dieses Verbrechens bilden, noch gar kein Beweis dafür, daß dieses Verbrechen wirklich begangen worden. Denn die Wunden, welche an dem Leichnam gefunden werden, können oftmals ebenso gut von der Hand des Selbstmörders, als von der Hand eines Meuchelmörders zugefügt worden sein; das Gift kann er ebenso gut sich selbst eingegeben haben, als dieses von einem Anderen geschehen sein kann; die Feuersbrunst kann ebenso gut durch Zufall, als durch Verbrechen entstanden sein: das äußerlich Wahrnehmbare ist sich in diesen und ähnlichen Fällen ganz gleich; allein bei dem Selbstmorde oder dem Zufalle ist es doch nur ein scheinbares, kein wirkliches corpus delicti. Bei den meisten Verbrechen aber läßt sich aus dem bloß körperlichen corpus delicti die eigentliche Beschaffenheit derselben noch gar nicht erkennen. Der Verwandtenmord und die einfache Tödtung, Mord und Todschlag, dolose und culpose Verbrechen im Allgemeinen haben äußerlich ganz dasselbe corpus delicti, während sie im Uebrigen rechtlich sehr verschieden sind. Diese Bemerkungen, welche zu nahe liegen, als daß sie sich nicht bei Ausübung der täglichen Rechtspflege hätten von selbst aufdrängen müssen, mußten aber auf den Begriff des constare de delicto und des corpus delicti einen erweiternden Einfluß ausüben.

Digitized by Google

Zuvörderst mußte man, wenn nicht anders viele unzweifelhafte Verbrechen gänzlich unbestraft bleiben sollten, das Erforderniß des bewiesenen corpus delicti nicht buchstäblich nehmen, und so verstehen, als ob Specialinquisition und Verurtheilung zur Strafe niemals eintreten könnten, wenn nicht sinnlich und körperlich wahrnehmbare Spuren des begangenen Verbrechens aufgewiesen werden könnten. Man mußte vielmehr das corpus delicti und das constare de delicto auch alsdann für hergestellt annehmen, wenn durch andere genügende Beweismittel der Beweis für das begangene Verbrechen geliefert wurde. Hätte man doch außerdem besser gethan, alle Verbrechen, welche ihrer Natur nach kein körperliches corpus delicti hinterlassen, gänzlich aus der Liste der Verbrechen zu streichen, da man dieselben wenigstens nicht zur Untersuchung und Bestrafung zu ziehen im Stande gewesen wäre. Das corpus delicti mußte also insofern einen erweiterten Begriff erhalten, als derselbe auf alle die Umstände ausgedehnt wurde, in welchen ebenso gut, als in den sinnlich wahrnehmbaren Spuren, welche das Verbrechen hinterlassen hatte, der Beweis lag, daß dasselbe in der That begangen worden war.

Von dieser Erweiterung des Begriffes war aber eine weitere nothwendige Folge, daß man die Trennung zwischen dem Objectiven des Verbrechens und dem Subjectiven desselben nicht mehr durchgängig streng beobachtete, indem man etwa nur das Erstere unter dem Ausdrucke corpus delicti verstanden hätte. Denn in den Fällen, in welchen kein körperliches corpus delicti aufzufinden war, konnte der Beweis, daß das Verbrechen begangen worden, nicht anders geführt werden, als durch den Beweis der Thäterschaft, so daß hier auch die Um-

Digitized by Google

stände, durch welche diese bewiesen wurde, in den Begriff des corpus delicti aufgenommen werden mußten. Ueberdieß war auch bei denjenigen Verbrechen, welche ein körperliches corpus delicti hinterließen, dieses für sich genommen zwar etwas sehr Nothwendiges für weitere processualische Schritte, aber, wenn nicht noch Anderes hinzu kam, etwas sehr Unbrauchbares. Denn dieses corpus delicti allein gab höchstens dem Richter den Beweis, daß überhaupt ein Verbrechen begangen worden. Daran ist aber wenig gelegen, wenn nicht Maßregeln darauf gegründet werden sollen, um gegen die Person des Verbrechers zu verfahren. Und damit dieses geschehen könne, damit also das corpus delicti juristische Brauchbarkeit und Bedeutung erhalte, müssen auch hier zu demselben gewisse subjective, an der Person des Verbrechers vorkommende und auf dieselbe hindeutende Umstände hinzu kommen.

Auf diese Weise mußte man durch das practische Bedürfniß darauf geführt werden, den Begriff des constare de delicto und des corpus delicti nicht auf das bloß Körperliche und sinnlich Wahrnehmbare, was das Verbrechen hinterlassen, zu beschränken, sondern denselben auszudehnen auf andere, auch subjective Umstände, wenn nur in ihnen ein Beweis für das begangene Verbrechen gefunden werden konnte. Daß sich die Sache nun in der That so verhalte, mag jetzt aus den Werken der angesehensten italiänischen und teutschen Practiker nachgewiesen werden.

Schon Gandinus[1]) läßt in einer der bereits mitgetheilten Stellen das constare de delicto hergestellt werden nicht allein per evidentiam facti, was die Be-

1) S. oben S. 18.

Digitized by Google

sichtigung des körperlichen corpus delicti bedeuten soll, sondern auch per testes vel indicium, worunter eben nur andere Beweismittel, welche die Existenz des Verbrechens darthun, verstanden werden können. Auch nach Angelus kann das constare de delicto durch bloßes Geständniß hergestellt werden, wenn dasselbe in Wahrscheinkeit beruhet, wie er denn in der von Augustinus gemißbilligten Entscheidung die Todesstrafe eintreten ließ auf den Grund des bloßen Geständnisses, wenn dasselbe durch übelen Leumund des Gestehenden unterstützt werde und nicht in sich selbst unwahrscheinlich sei [1]). Auch Baldus hielt ohne das corpus mortuum die Existenz des Verbrechens der Tödtung durch bloßes Geständniß für hinlänglich bewiesen, um auf die Todesstrafe zu erkennen, wenn zu demselben noch das Gerücht hinzu komme, daß der Gestehende das Verbrechen verübt habe. Ebenso sagt Hippolytus: in homicidio et projecto cadavere non punitur, nisi constet de corpore mortuo saltem per famam.

Mit größerer Ausführlichkeit und practischer Sicherheit behandelt Julius Clarus die Lehre vom corpus delicti, obgleich er diesen Ausdruck noch nicht gebrauchet, sondern sich der Bezeichnung: constare de delicto bedienet. Er beginnt seine Lehre mit der allgemeinen Regel, daß der Richter nicht dürfe procedere ad aliquem actum, nisi prius illi constet, delictum ipsum fuisse commissum. Dieses sei so wahr, daß der Angeschuldigte, auch, wenn er geständig sei, nicht verurtheilt werden könne wenn nicht das Verbrechen selbst noch auf andere Weise, als durch das bloße Geständniß gewiß sei. Im weiteren Verlaufe seiner Lehre macht er aber Unterscheidungen, aus

1) S. oben S. 23.

Digitized by Google

Rücksicht auf die Verschiedenheit Theils der Verbrechen, bei welchen, Theils des Zweckes, zu welchem das constare de delicto erfordert werde. Es komme nämlich darauf an, ob das constare de delicto ad effectum torquendi seu condemnandi, oder nur ad effectum procedendi seu inquirendi dienen solle. Um procedere et inquirere zu können, womit er die Generalinquisition bezeichnet, indem er Vernehmung von Zeugen und Sammlung von Anzeigen darunter verstehet, genüge bloße querela oder denuntiatio, welcher weiter nachzuspüren der Richter nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet sei. Es gebe aber Verbrechen, bei welchen der Richter, ehe er contra delinquentem inquirire, de veritate delicti inquiriren müsse. Dagegen gebe es andere Verbrechen, bei welchen eine besondere investigatio super veritate delicti nicht erforderlich sei, sondern unmittelbar gegen den Delinquirenden verfahren werden könne. Es sei daher zu unterscheiden, ob ein delictum facti transeuntis oder facti permanentis vorliege. Bei Verbrechen der ersteren Art, welche entweder solo animo begangen würden, wie die Ketzerei, oder welche zwar facto verübt würden, ohne jedoch äußere Spuren zu hinterlassen, wie Ehebruch, einfache Fleischesvergehen, Diebstahl ohne Einbruch, Realinjurien ohne Verwundung, Verbalinjurien und ähnliche Verbrechen, sei eine besondere investigatio delicti nicht nothwendig, sondern der Richter könne sogleich auf angebrachte Rüge gegen den Delinquenten verfahren, indem er informationes gegen ihn aufnehme, und, wenn sich Anzeigen ergeben, ihn citiren oder verhaften lassen könne, je nachdem es die Natur des Verbrechens erfordere. Außerdem würden unendliche Verbrechen unbestraft bleiben. Bei Verbrechen der anderen Art dagegen, welche bestimmte Spuren

Digitized by Google

hinterlassen, wie die Tödtung den Leichnam, die Brandstiftung die Brandstätte, sei eine angebrachte Rüge oder Denuntiation zum constare de delicto nicht genügend, wenn nicht zuvor der Richter den Leichnam oder die Brandstätte in Augenschein genommen hätte. Mitunter sei es aber zweifelhaft, ob eine äußere Erscheinung durch ein Verbrechen, oder eine andere Ursache hervorgebracht worden sei, indem z. B. der in einem Brunnen gefundene Todte sich ebenso gut selbst hineingestürzt haben, als dieses von Anderen geschehen sein könne. In solchen Fällen müsse der Richter auf jede Weise nachforschen und informationes aufnehmen, aber nicht tanquam de maleficio, sondern nur um die Wahrheit zu ergründen. Ergebe sich dabei, daß ein Verbrechen begangen worden, so habe der Proceß seinen weiteren Fortgang [1]).

Nach diesen Grundsätzen müsse auch de delicto constare, damit der Richter zur Tortur schreiten könne [2]). Da die Tortur nur angewendet wird, um von einem dringend Verdächtigen ein Geständniß zu erhalten, so hat Clarus hier den Fall im Auge, da es an dem Geständnisse noch mangelt. In diesem Falle hält er daher bei den delicta facti permanentis Indicien zur Tortur nicht für genügend, wenn nicht die Spur des Verbrechens wirklich in Augenschein genommen werden könne. Er bemerkt dabei mißbilligend, daß man in der Praxis häufig das Gegentheil beobachte, und bloß darauf hin, daß Jemand behaupte, bestohlen worden zu sein, die Verdächtigen auf die Folter bringe. Dem Mangel des Geständnisses, wenn auch sonst die dringendsten Anzeigen vorliegen sollten, schreibt Clarus

1) *Julius Clarus*, Sentent. receptae, lib. V. §. final. qu. 4.
2) Eod. qu. 64. nr. 3.

Digitized by Google

die gleiche Wirkung zu, wo es sich darum handelt, Jemanden, der leugnet, als überführt zu verurtheilen. Bei Verbrechen, die ihrer Natur nach eine Spur hinterlassen, sei eine Ueberführung, die zur Verurtheilung genüge, nicht möglich, si non constet de ipso delicto, de quo reus convincitur. Et ideo, fährt er fort, etiamsi multi testes deponerent etiam de visu contra aliquem de homicidio per eum commisso, nisi tamen constaret de ipso cadavere, non posset puniri [1]).

Wenn aber ein Geständniß vorliege und es sich frage, ob Jemand auf dieses hin verurtheilt werden könne, werde das constare de delicto wieder in anderer Weise erfordert. Entweder sei das Verbrechen, zu welchem sich der Angeschuldigte bekenne, ein solches, welches solo animo begangen werden könne, und welches seiner Natur nach nicht anders als durch Geständniß beweisbar sei; hier genüge dasselbe, wenn es nur wahrscheinlich sei, zur Verurtheilung in die Strafe. Oder es sei ein Verbrechen, welches auch facto begangen werde: wenn hier der Angeschuldigte ganz im Allgemeinen gestehe, getödtet oder gestohlen zu haben, ohne die Personen zu bezeichnen, gegen welche er diese Verbrechen begangen, könne er auf dieses Geständniß hin nicht verurtheilt werden. Wenn er aber speciell bekenne, einen bestimmten Menschen getödtet oder bestohlen zu haben, sei zu unterscheiden, ob es ein delictum facti transeuntis, oder ein delictum facti permanentis sei. Bei Verbrechen der ersteren Art sei es zur Verurtheilung ausreichend, wenn zu der Anzeige der Partei das Geständniß hinzu komme. Bei Verbrechen der anderen Art genüge aber das Geständniß nicht, wenn nicht

1) Eod. qu. 66. nr. 1 und 2.

Digitized by Google

zugleich per visitationem seu inspectionem sich ergebe, daß das Verbrechen in der That begangen worden. Deßwegen müsse ein umsichtiger Richter den Leichnam des Ermordeten im Nothfalle wieder ausgraben lassen, um denselben besichtigen zu können. Indessen sei zu bemerken, daß es nicht immer schlechterdings nothwendig sei, daß der Leichnam aufgefunden werde. Vielmehr könne, wenn Jemand gestehe, einen bestimmten Menschen getödtet zu haben und sich bei angestellter Erkundigung ergebe, daß dieser Mensch abhanden gekommen, auch ohne daß der Leichnam vorliege, Verurtheilung in die Todesstrafe erfolgen, wenn sich nur außerdem noch einige Spuren vorfänden. Daher sei von dem Senate in Mailand ein Diener, der gestanden, seinen Herrn ermordet und in den Comer See geworfen zu haben, ungeachtet man den Leichnam nicht aufgefunden, zum Tode verurtheilt worden, da an dem von dem Angeschuldigten bezeichneten Orte Blutspuren zu bemerken gewesen seien [1]).

Aus dem bisher Mitgetheilten gehet aber hervor, daß der Ausdruck constat de delicto schon bei den italiänischen Practikern in der erweiterten Bedeutung vorkommt, die oben angedeutet worden ist. Denn wenn sie ein Mal, wie es nicht anders sein konnte, wenn nicht die meisten Verbrechen unbestraft bleiben sollten, annehmen mußten, daß das constare de delicto durch Geständniß hergestellt werden könne, so konnte die Bedeutung, welche man mit jenem Ausdrucke verband, sich nicht mehr auf das bloß Objective des Verbrechens beschränken, da ja das Geständniß seiner Natur nach zunächst auf das Subjective gerichtet ist, indem es über die eigene Thäterschaft Auf-

1) Eod. qu. 55. nr. 11.

Digitized by Google

schluß giebt und auf keinen Fall bloß Objectives enthalten kann.

Diese Lehre von dem constare de delicto und dem corpus delicti, wie sie von den italiänischen Practikern und namentlich von Julius Clarus aufgestellt war, ist darauf mit ziemlicher Uebereinstimmung von den teutschen Practikern des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts aufgenommen und weiter entwickelt worden. Der geistreichste und angesehenste derselben, Benedict Carpzov, hebt seine Lehre von dem Inquisitionsprocesse mit der Bemerkung an, das erste Erforderniß der inquisitio recte formanda sei die apparentia delicti, ut nempe de ipso facto seu crimine constet. Diese Gewißheit sei das corpus delicti, welches vor Allem bewiesen sein müsse, ehe zur Specialinquisition geschritten werden könne. Der Beweis des corpus delicti werde aber verschieden erfordert, je nach der Verschiedenheit des Zweckes, zu welchem er geführt werde. Sei es bloß ad effectum inquirendi contra aliquam certam personam, so genüge es, wenn das corpus delicti nur wahrscheinlich gemacht sei. Der Richter müsse sich zwar auch hier alle Mühe geben, sich durch eigenen Augenschein von dem Dasein des corpus delicti zu überzeugen. Allein das sei oft unmöglich, da bei vielen Verbrechen die Spuren gänzlich vertilgt werden könnten. Damit diese Verbrechen nicht unbestraft blieben, sei der Richter verpflichtet, die Inquisition zu eröffnen, wenn nur indicia corporis delicti manifesta vorhanden seien. Wenn dagegen von dem Beweise des corpus delicti ad effectum torturae die Rede sei, so müsse derselbe strenger geführt werden. Denn die Tortur enthalte ein größeres Uebel, als die bloße Inquisition, und deßwegen müsse hier das corpus delicti ebenso streng be-

Digitized by Google

wiesen sein, als zum Zwecke der endlichen Verurtheilung. Daher sei es hier im Allgemeinen Regel, daß das corpus delicti liquide et plene vel per testes, vel per evidentiam facti ex inspectione bewiesen sein müsse. Dessen ungeachtet aber lasse sich nicht allgemein behaupten, daß man niemals zur Tortur kommen könne, wenn das corpus delicti nicht in Augenschein genommen werden könne. Denn wenn das corpus delicti durchaus nicht aufgefunden werden könne, so seien auch probabilissima et indubitata criminis commissi indicia zur Tortur hinreichend. Ebenso müsse zwar ad effectum condemnandi das corpus delicti in der Regel durch Augenschein bewiesen werden können. Allein es gebe auch delicta occulta et difficilis probationis, wenn z. B. der Mörder den Leichnam vergraben oder in das Wasser geworfen habe, bei welchen es zur Verurtheilung in die ordentliche Strafe ausreiche constare de delicto per conjecturas validas et jure approbatas. In gleicher Weise sei bei den delicta facti transeuntis das Geständniß des Angeschuldigten, wenn es durch gehörige Indicien unterstützt werde, ausreichend, um das corpus delicti zum Zwecke der Verurtheilung in die ordentliche Strafe zu beweisen. Bei dem Ehebruche, dem Inceste und der Nothzucht sei nach sächsischem Gerichtsgebrauche das Geständniß beider Theile loco corporis delicti (Pars II. qu. 72. nr. 52. heißt es ähnlich: in delictis carnis utriusque partis confessio representat corpus delicti), so daß, wenn der andere Theil nicht vernommen werden könne, oder das Verbrechen nicht zugebe, der Gestehende nicht in die ordentliche Strafe verurtheilt werden könne [1]).

1) Practica nova rer. criminal. Pars III. qu. 108. Pars I. qu. 16, 17 und 18.

Digitized by Google

Bei der Sodomie ratione sexus werde das corpus delicti hergestellt durch beider Theile Geständniß, bei der Sodomie ratione generis dagegen durch andere Indicien, etwa wenn der Angeschuldigte mit dem Thiere solutis caligis in loco secreto, oder in ipso opere aliisque praeparatoriis ergriffen worden sei [1]). Bei der Hexerei und Zauberei bestehe das corpus delicti in dem Geständnisse und anderen hinzukommenden Indicien, wenn z. B. der Angeschuldigte über Menschen und Vieh Schaden gebracht habe, oder wenn in seinem Hause ein schriftlicher Contract mit dem Teufel gefunden worden sei [2]). Bei dem Diebstahle sei das corpus delicti vorhanden, wenn der Dieb über Gegenstand, Ort und Gelegenheit des Diebstahles ein umständliches Geständniß ablege und dieses bei angestellter Erkundigung seine Bestätigung finde; das Vorhandensein der gestohlenen Sache sei dabei nicht wesentlich, ebenso wenig als das corpus delicti hergestellt werde durch das Vorzeigen einer Sache und das Geständniß, dieselbe gestohlen zu haben, wenn dieses nicht noch zugleich auf andere Weise bestätigt werde [3]).

An Carpzov schließt sich Brunnemann an in seinem bekannten Tractate über den Inquisitionsproceß. Auch er lehrt, daß je nach Verschiedenheit des Zweckes in verschiedener Weise de corpore delicti constiren müsse. Zur Generalinquisition genüge, si constet de rumore, zur Specialinquisition sei eine größere, zur Tortur eine noch größere, zur Verurtheilung die größte Gewißheit des corpus delicti nothwendig. Wo es sich darum handele, die Specialinquisition zu eröffnen, sei zwischen delicta facti

1) Eod. Pars III. qu. 76. nr. 52 und 53.

2) Eod. Pars I. qu. 59. nr. 59 ff.

3) Eod. Pars II. qu. 81. nr. 2. 3. 29 ff.

Digitized by Google

permanentis und facti transeuntis zu unterscheiden. Bei den ersteren gehörten die hinterlassenen Spuren zu dem corpus delicti, z. B. bei dem Diebstahle die gefundene Sache, die erbrochene Thüre, die Leiter, das Brechinstrument. Bei Verbrechen der anderen Art genüge es, wenn das corpus delicti per indicia et conjecturas erforscht werde. Den delicta facti transeuntis seien die delicta occulta gleich zu setzen, zu welchen zuweilen auch delicta facti permanentis gehören könnten, wenn z. B. der Leichnam in das Wasser geworfen worden sei [1]).

Clasen sagt in seinem bekannten Commentar zur Carolina, das corpus delicti sei Nichts Anderes, als die substantia et veritas delicti commissi. Dabei werde das Wort corpus nicht quantitative gebraucht, sondern ratione existentiae et veritatis in existendo, daß nämlich das Verbrechen in der That existire und begangen worden sei [2]). Bei den delicta facti transeuntis sei es ausreichend, wenn per indicia et conjecturas de corpore delicti constire, während bei delicta facti permanentis die hinterlassene Spur, namentlich bei der Tödtung der Leichnam erforderlich sei [3]).

---

1) *Brunnemann*, tractatus juridicus de inquisitionis processu, zuerst 1647, cap. VII.

2) *Clasen*, Dan. Commentarius in C. C. C. cura et studio *Joh. And. Minneri*, Helmst. 1684. (Neuere Ausgaben von 1693 und 1718.) ad art. VI. — Darnach hat *Pufendorf*, observ. part. 2. obs. 154. nicht Recht, wenn er sagt: „Corporis delicti appellatio inde profecta videtur, quod delictum quasi corpus quoddam, pars mundi consideretur, quod mutationes in mundo produxerit.“ Allein ebenso wenig sollte durch corpus so viel als complexus oder Inbegriff, von den Merkmalen nämlich, welche das Verbrechen bilden, ursprünglich bezeichnet werden.

3) Eod. ad art. 45.

Digitized by Google

Was Kreß in seinem Commentar zur Carolina über das corpus delicti hat, ist unbedeutend. Dasselbe bestehet nach ihm in der Gewißheit, daß das Verbrechen begangen worden sei. Nach dieser Gewißheit werde zu einem dreifachen Zwecke geforscht, nämlich ad fundandam inquisitionem specialem, ad effectum quaestionis und ad effectum poenae. Zu dem letzteren Zwecke sei aber certitudo fortior corporis delicti nothwendig, als zu dem ersteren [1]).

Bei Engau hat das corpus delicti dieselbe Bedeutung. Der Inquisitionsproceß hat bei ihm zwei Haupttheile; nämlich die investigatio des corpus delicti und die investigatio des auctor delicti. Daraus ergiebt sich, wie er allerdings unter corpus delicti zunächst nur das Objective des Verbrechens verstehet. Die investigatio des corpus delicti geschehe aber entweder ad sensum oder ad intellectum, je nachdem das Verbrechen Spuren zurück lasse oder nicht. Die alte Eintheilung der Verbrechen in delicta facti permanentis und facti transeuntis sei nicht sehr brauchbar, weil Verbrechen desselben Namens bald zu den einen, bald zu den anderen gehörten. Die investigatio ad sensum geschehe durch Augenschein, die ad intellectum durch indicia et praesumtionis, welche freilich meistes Theiles mit den Indicien gegen die Person des Verbrechers zusammen fielen [2]).

Ebenso unterscheidet Koch zwischen dem auctor delicti und dem corpus delicti, und definirt dieses durch

---

1) *Kress*, commentatio succincta in C. C. C. zuerst 1721, ad art. 6.

2) *Engau*, elementa juris criminal. zuerst 1738. lib. II. tit. VI.

Digitized by Google

veritas oder existentia delicti. Die Gewißheit des corpus delicti, welche man mit Hommel [1]) auch als die scientia de delicto ipso perpetrato, aliunde quam ex delinquentis confessione hausta erklären könne, sei dem Grade nach verschieden, je nachdem sie zur Specialinquisition, zur Tortur oder zur Verurtheilung erfordert werde. Die Erforschung des corpus delicti geschehe entweder ad sensum, durch Ocularinspection, oder ad intellectum, durch Indicien, Zeugen und eigenes Geständniß [2]).

Nicht sehr verschieden spricht sich Böhmer über das corpus delicti aus. In der eigentlichen Bedeutung sei darunter die veritas delicti in abstracto zu verstehen, damit es gewiß werde, daß die Sache, um welche es sich handele, eine Criminalsache sei. Denn das sei eine Präjudicialfrage, bevor gegen einen Menschen eine Criminaluntersuchung eröffnet werden könne. Zum corpus delicti gehöre daher immer ein schuldhaftes Ueberschreiten des Gesetzes, so daß es ohne eine entweder dolose oder culpose Handlung nicht gedacht werden könne, worunter auch Unterlassungen zu verstehen seien. Zum corpus delicti genüge jedoch die bloße Gewißheit einer res turpis, ohne daß die sonstigen etwaigen Umstände des Verbrechens, welche auf die Bestimmung der Strafgröße Einfluß ausüben könnten, zu demselben gerechnet werden dürften. Das corpus delicti werde aber bewiesen entweder ad visum per sensus, oder ad intellectum per ratiocinium, je nachdem

1) An et quatenus certitudo delicti in proc. crim. sit necessaria, diss. Lips. 1737. §. 2.

2) *Koch*, institutiones jur. criminal. zuerst 1762, lib. III, cap. VIII.

Digitized by Google

man durch Augenschein oder durch Indicien Gewißheit von demselben erhalte [2]).

Auf diese Weise hatte Böhmer ausgesprochen, daß zu dem corpus delicti regelmäßig eine entweder dolose oder culpose Handlung gehöre. Etwas wesentlich Neues hatte er, wie sich aus der bisherigen Darstellung ergiebt, damit nicht gesagt. Denn schon die italiänischen und teutschen Practiker vor ihm hatten anerkennen müssen, daß namentlich bei den delicta occulta, difficilis probationis und facti transeuntis das corpus delicti ad intellectum per indicia et conjecturas hergestellt werde, welche ja in Nichts Anderem bestehen konnten, als in Vermuthungen und Anzeigen dafür, daß Jemand etwas Strafbares, das man sinnlich nicht wahrnehmen konnte, durch seine Handlung, welche entweder eine dolose, oder eine culpose sein mußte, hervorgebracht habe. Auch hatte man, wie gezeigt worden ist, schon lange vor Böhmer eingesehen, daß ein Leichnam mit Wunden oder eine Brandstätte nur alsdann ein corpus delicti seien, wenn dieselben durch eine menschliche dolose oder culpose Handlung hervorgebracht worden waren. Man hatte deßwegen, wenn gleich auch stillschweigend und mitunter selbst unbewußt, dolus und culpa von jeher mit zu dem corpus delicti gerechnet [2]). Indessen ist, soviel ich wenigstens habe auf-

1) *Boehmer*, medit. in C. C. C., 1770, ad art. VI. §. 10.

2) Der Ausdruck corpus delicti wurde übrigens, wie es noch heutiges Tages zu geschehen pflegt, auch vielfach gebraucht, um nur die Spur zu bezeichnen, welche ein, vielleicht auch nur vermeintliches Verbrechen hinterlassen, so daß nicht allein bei der Tödtung der Leichnam, oder bei dem Diebstahle die gestohlene Sache, sondern auch das Instrument, mit welchem das Verbrechen verübt worden war, oder auch die Sache, etwa das Kleidungsstück, welches

Digitized by Google

finden können, Böhmer der erste, der es ausdrücklich und allgemein ausgesprochen hat, daß zum corpus delicti immer entweder dolus oder culpa gehöre. Damit war aber der Grund gelegt zu der Bedeutung, welche das corpus delicti in der Uebersetzung Thatbestand [1]) in der neueren Behandlung der Wissenschaft angenommen hat.

Obgleich nämlich das corpus delicti zunächst nur die processualische Bedeutung hatte, dem Untersuchungsrichter die Bedingung anzugeben, ohne welche er überhaupt keine Untersuchung eröffnen, oder keine weiteren processualischen Fortschritte in derselben vornehmen könne, so lag es doch sehr nahe, auch einen mehr theoretischen und wissenschaftlichen Gebrauch davon zu machen. Man hatte sich, wie gezeigt worden ist, von der Glosse an immer einstimmig zu dem Grundsatze bekannt, daß das corpus delicti bewiesen sein müsse, ehe von Untersuchung und Bestrafung die Rede sein könne [2]). Man hatte zwar dabei

---

der Verbrecher an dem Orte des Verbrechens verloren, darunter verstanden wurde. Vergl. *Boehmer*, l. c. Nach Meister, (dem jüngeren) principia jur. crim. §. 51. bezeichnet der Ausdruck außer der eigentlichen Hauptbedeutung von existentia delicti Theils das Object des Verbrechens, Theils die Spur desselben, Theils auch das delinquirende Subject.

1) Diese Uebersetzung von existentia facti seu delicti ist wörtlich und treffend. Wer Anspruch auf das Verdienst habe, das Wort erfunden zu haben, vermag ich nicht mit Bestimmtheit anzugeben. Ich finde dasselbe zuerst gebraucht von Klein, Grundsätze des gemeinen teutschen und preußischen peinlichen Rechts, Halle, 1796, §. 68. Aber auch bei Klein kommt ebenso wenig, als bei Farinacius, bei welchem sich der Ausdruck corpus delicti zuerst findet, eine Andeutung vor, daß das Wort Thatbestand etwas Neues sei.

2) Das corpus delicti war ursprünglich das Beweisthema, indem man außerdem nicht das Erforderniß hätte machen können,

Digitized by Google

für die verschiedenen Stadien des Verfahrens verschiedene Grade verlangt, in welchen dieser Beweis geführt sein müsse; allein der Begriff war immer derselbe, mochte es sich um Generalinquisition, Specialinquisition, Tortur oder Verurtheilung handeln. In keinem Falle konnte man aber das Erforderniß machen, daß das corpus delicti bewiesen sein müsse, ohne einen bestimmten Begriff zu haben, was unter diesem Erfordernisse eigentlich zu verstehen sei. Man mußte daher, ohne auf den höheren oder geringeren Grad des erforderlichen Beweises Rücksicht zu nehmen, sich im Allgmeinen einen bestimmten Begriff bilden von dem, was immer vorliegen müsse, oder was man sich wenigstens als vorliegend denken müsse, ehe eine Untersuchung eröffnet werden könne. Das in diesem Begriffe Enthaltene aber, so zu sagen das noch unerwiesene oder auch das als erwiesen vorausgesetzte corpus delicti, mußte das sein, was eigentlich das Verbrechen zum Verbrechen macht, weil es ja die Grundbedingung für jede Untersuchung und folglich auch für jede Verurtheilung bildete. Auf diese Weise konnte man zu einem corpus delicti gelangen, welches nicht mehr eine bloß processualische, sondern auch eine reale Bedeutung hatte, in welcher es in der Darstellung des materiellen Criminalrechtes gebraucht werden konnte. Es ging aber dabei mit dem Begriffe, den man mit dem Ausdrucke corpus delicti verband, in sofern eine Veränderung vor, als das Wort corpus nun nicht mehr soviel als existentia oder veritas bezeichnete,

---

ut constare debeat de corpore delicti. Die Definition des corpus delicti durch veritas delicti beruhet eigentlich auf einer Verwechselung zwischen dem Thema des Beweises und dem Erfolge desselben, die aber sehr nahe lag.

Digitized by Google

sondern in der Bedeutung von complexus oder Inbegriff genommen wurde, nämlich aller derjenigen Thatsachen oder Umstände, welche eben das Wesen des Verbrechens ausmachen [1]). Der ganze Unterschied bestand darin, daß man ursprünglich, als der processualische Gesichtspunct der hauptsächliche war, die Mittel und den Erfolg des Beweises vorzüglich im Auge hatte, so daß man auch das Geständniß zu dem corpus delicti rechnen konnte, während man jetzt lediglich an das Thema oder den Inhalt desselben dachte, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob er überhaupt oder in höherem oder geringerem Grade geführt war.

Zunächst schuf man diesen Begriff für die einzelnen Verbrechen, indem man bei jedem derselben die Merkmale heraushob und als das corpus delicti oder den (besonderen) Thatbestand hinstellte, wodurch eben das Verbrechen zu diesem oder jenem bestimmten Verbrechen werde [2]). In diesem Sinne bestehet nach Klein [3]) der Thatbestand

1) Das Wort Thatbestand ist auch hier wieder dem corpus delicti vollkommen entsprechend. Denn Thatbestand kann heißen, sowohl, daß die That wirklich bestehet (existentia, veritas delicti), als auch das, woraus sie bestehet (complexus), durch das Wort ausgedrückt wird. Ich kann daher nicht übereinstimmen, wenn Martin, a. a. O. §. 27. Note 7. behauptet, daß das teutsche „Thatbestand" vermöge der Etymologie umfassender sei, als der Kunstausdruck corpus delicti. Vergl. auch Wächter, a. a. O. §. 46. Note 99. Auf Alles, was man durch corpus delicti bezeichnete, paßte freilich die Uebersetzung nicht. So klingt es allerdings, wie Roßhirt a. a. O. S. 292. Note *. bemerkt, sonderbar, wenn Feuerbach in der ersten Ausgabe seines Lehrbuches sagt, daß man unter Thatbestand oft das Instrument verstehe, mit welchem das Verbrechen verübt worden.

2) Vergl. was Roßhirt a. a. O. S. 297 f. hierüber bemerkt.

3) a. a. O. §. 68.

Digitized by Google

aus denjenigen Thatsachen, welche zusammen genommen den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimmen. Wenn Klein auf diese Weise sich den Thatbestand in Beziehung auf die gewissen Gattungen der Verbrechen dachte, so hatte er sich zwar damit noch nicht ganz auf den Standpunct erhoben, von welchem aus man gegenwärtig von allgemeinem Thatbestande des Verbrechens spricht. Allein daß alle Thatbestände der einzelnen Verbrechen etwas Gemeinschaftliches haben, wurde schon von ihm erkannt und ausgesprochen, indem er, ohne Beziehung auf eine bestimmte Gattung von Verbrechen, lehrte, daß zum Thatbestande zweierlei gehöre, nämlich erstens die Wirkung, in deren Hervorbringung das Verbrechen bestehe, und zweitens, die willkürliche Handlung, wodurch diese Wirkung hervorgebracht worden sei. Ebenso unterscheidet bereits Meister zwischen einem corpus delicti in genere, wozu gehöre, daß ein factum illicitum poenale vorliege, und einem corpus delicti bei den einzelnen Arten der Verbrechen, welches aus denjenigen Momenten, die eben zu dem Wesen dieses Verbrechens erforderlich seien, bestehe [1]).

Schon in der oben mitgetheilten Darstellung Böhmers lagen die Momente für den Begriff eines allgemeinen Thatbestandes in der Bedeutung, daß darunter alle diejenigen Thatsachen zu verstehen seien, welche zu dem Begriffe und Wesen des Verbrechens im Allgemeinen gehören und sich deßwegen bei allen einzelnen benannten Verbrechen wieder finden müssen. Denn er sagt, zu dem corpus delicti gehöre die Gewißheit einer res turpis und dasselbe enthalte alle Male ein schuldhaftes Ueberschreiten des Ge-

1) Princip. jur. criminal. ed. 2. 1792. §. 51.

Digitized by Google

setzes und können deßwegen ohne eine entweder dolose oder culpose Handlung gar nicht gedacht werden. Ebenso lag in dieser Darstellung, wie auch in der von Klein, bereits die Grundlage für die Eintheilung des Thatbestandes in den subjectiven oder formalen und in den objectiven oder materialen, indem zu dem letzteren die Wirkung, zu dem ersteren die Handlung gerechnet werden konnte, durch welche dieselbe hervorgebracht worden war. Aber natürlicher Weise konnte weder der objective, noch der subjective Thatbestand für sich allein genommen, sondern nur beide zusammen genommen den eigentlichen Thatbestand bilden, da die Wirkung allein, z. B. der Tod eines Menschen, nur unter der Voraussetzung ein Verbrechen ausmacht, daß derselbe durch die entweder dolose oder culpose Handlung eines Anderen verursacht worden war.

Ueber den objectiven Thatbestand, daß nämlich eine gewisse Wirkung, etwas äußerlich wenn gleich nicht bleibend Erkennbares zu dem Verbrechen gehöre, sind die Rechtslehrer von jeher einverstanden gewesen. Ueber den Umfang und Inhalt des subjectiven Thatbestandes haben aber, seit man überhaupt auf den Gedanken kam, sich einen allgemeinen Thatbestand des Verbrechens zu abstrahiren, dieselben verschiedenen Ansichten geherrscht, welche im Eingange dieser Abhandlung, als unter den neueren Criminalisten darüber bestehend, angegeben worden sind.

Wenn Klein zu demselben verlangt, daß die Wirkung durch eine willkürliche Handlung hervorgebracht worden sei, so scheint er allerdings auch die Zurechnungsfähigkeit mit zu dem Thatbestande zu rechnen. Derselben Ansicht scheint bereits Kleinschrod zu sein. Im subjectiven Sinne, lehrt er, sei corpus delicti das Dasein jener Umstände, wodurch die Gesetzwidrigkeit selbst, der

Digitized by Google

dolus oder die culpa hergestellt werde. Daraus erhelle erst, ob wirklich ein Verbrechen existire, oder nicht, da die Schuld des Missethäters erst die Handlung gesetzwidrig und strafbar mache. Setze man beide Begriffe zusammen, nehme man das corpus delicti objectiv und subjectiv zugleich, so sei es das Dasein solcher Umstände, welche zum Begriffe eines Verbrechens sowohl im Allgemeinen, als auch zu dessen Gesetzwidrigkeit im Besonderen erforderlich seien. Dieser Begriff umfasse das Ganze, und wenn das corpus delicti auf solche Art erwiesen sei, so sei das Verbrechen vollkommen hergestellt. Aber dieser Beweis sei nicht eher zu erwarten, als bis die Untersuchung geendigt sei [1]).

Dagegen behauptet schon Böhmer [2]), das corpus delicti habe es nur mit der existentia vel veritas delicti zu thun, ohne daß die Person des Urhebers dabei in Betracht komme. Ebenso wenig will er andere Umstände des Verbrechens, mögen sie nun wesentliche oder außerwesentliche sein, zu dem corpus delicti rechnen [3]). In ähnlicher Weise sagt Meister, der Thatbestand sei die existentia delicti alicujus commissi et quidem spectatim delicti objective spectati, i. e. ipsius laesionis in se spectatae citra respectum ad determinatam personam auctoris ejus, wodurch er die subjectiven Thatsachen zwar nicht hinsichtlich des Urhebers überhaupt, wohl aber in Beziehung auf einen einzelnen Urheber und auf einzelne Fälle von dem Thatbestande ausschließet.

---

1) Im alten Archiv des C. R. Band 3. (anno 1800.) S. 38 ff.

2) a. a. O. §. 10.

3) In der vierten Ausgabe seines princip. jur. crim. 1802. §. 94.

Digitized by Google

Hieraus folgt aber von selbst, daß er die Zurechnungsfähigkeit nicht in denselben aufgenommen haben will. Daran schließt sich, wie bereits oben bemerkt worden ist, Stübel an, indem er den Thatbestand für den Inbegriff aller Thatsachen, auf welche die in einem Criminalgesetze bestimmte Strafe erfolgen soll, in sofern diese Thatsachen in der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten seien, erklärt [1]).

---

1) S. 3. Ich kann hier mit Roßhirt, dessen geschichtliche Darstellung der Entwickelung des Begriffes des Thatbestandes, §. 46. seiner angeführten Schrift, durch die hier gegebene überhaupt vielfach berichtigt wird, nicht übereinstimmen. Roßhirt, a. a. O. S. 293 ff. stellt die Sache so dar, als ob von Stübel eine wahrhafte Epoche in der wissenschaftlichen Behandlung des Begriffes Thatbestand gebildet werde. Ich bin weit entfernt, das Geringste an dem allgemein anerkannten hohen Verdienste schmälern zu wollen, welches sich Stübel durch sein classisches Werk über den Thatbestand der Verbrechen (1805), um die Wissenschaft erworben. Allein, wie sich aus meiner Darstellung ergiebt, eine eigentliche Epoche hat er nicht gebildet. Roßhirt gründet des Verdienst Stübels vorzüglich auf drei Puncte. Erstens: Derselbe habe seinen Begriff von Thatbestand auf die Betrachtung der Merkmale eines Verbrechens gegründet, die sich ohne specielles Urtheil über die imputatio facti et juris erkennen lassen. Allein das war schon vor Stübel, namentlich von Böhmer geschehen, der zwar dolus und culpa im Allgemeinen, aber ohne Berücksichtigung der bestimmten Person des Thäters in den Thatbestand aufgenommen wissen wollte. Zweitens: Stübel habe den Weg gebahnt zur wissenschaftlichen Untersuchung des Thatbestandes bei jedem einzelnen Verbrechen, indem er zwar einen allgemeinen Thatbestand anerkenne, aber mit Aufgebung des Unterschiedes in delicta facti permanentis und transeuntis auf die Untersuchung jeder einzelnen Gattung von Verbrechen aufmerksam gemacht und dieses in Beziehung auf die Tödtung gleich ausgeführt habe. Allein mit dem corpus delicti in Beziehung auf die einzelnen Gattungen der Verbrechen beschäftigte man sich

Um nun zurück zu kommen auf die verschiedenen Meinungen, welche unter den neueren Criminalisten darüber bestehen, was Alles in den allgemeinen Thatbestand des Verbrechens aufgenommen werden müsse, so bietet sich für die Beurtheilung derselben ein zweifacher Gesichtspunct dar:

---

eher, als mit dem corpus delicti im Allgemeinen, und was den Unterschied zwischen delicta facti transeuntis und permanentis betrifft, so hatte schon Clarus anerkannt, und alle späteren Criminalisten lehren dasselbe, daß mit demselben nicht viel zu machen sei, indem ein Verbrechen, welches der Regel nach facti permanentis sei, doch oftmals keine Spuren hinterlasse. Drittens: Stübel habe die ganz ins Bodenlose versunkene Lehre von der Gewißheit des Thatbestandes und deren Bedeutung auf Grundsätze gebracht, und dadurch dem berichtigten Begriffe von Thatbestand seine practische Wirksamkeit gesichert. Denn was die Gewißheit des Thatbestandes zum Zwecke der Verurtheilung betreffe, so habe Stübel nachgewiesen, daß sowohl hinsichtlich der Gewißheit, als der Beweismittel Alles auf die Natur der einzelnen Verbrechen ankomme, und daß nicht nur die ganz gewöhnlichen Grundsätze vom juristischen Begriffe gelten, und daß also der Thatbestand sowohl durch die evidentia facti mittelst Augenscheines, als durch Geständniß, Zeugen und Indicien dargethan werden könne, sondern daß auch das Resultat des Beweises nicht nach allgemeinen steifen Regeln, oder nach dem Unterschiede der delicta facti permanentis und transeuntis, vielmehr nach den Rücksichten des concreten Falles gefunden werden müsse. Allein wie sich aus dem Früheren zur Genüge ergiebt, hat auch Stübel hier keinen Anspruch, als der Begründer diese Lehren angesehen zu werden. — Es ist zwar oftmals gleichgültig, wer eine bestimmte Lehre aufgestellt und durchgeführt habe. Allein wenn ein Mal eine dogmengeschichtliche Uebersicht gegeben werden soll, ist es nicht allein ungerecht gegen die Uebrigen, dem Einen zuzuschreiben, was bereits von ihnen geleistet wurde, sondern es wird auch die geschichtliche Entwickelung selbst dadurch unrichtig dargestellt.

Digitized by Google

ein historischer nämlich, indem man bei Bestimmung des Begriffes und des Inhaltes des allgemeinen Thatbestandes die geschichtliche Entwickelung zu Grunde legt, welche das corpus delicti genommen hat, und ein philosophischer, indem man dabei die Natur der Sache, das System und die Methode der Wissenschaft als Entscheidungsnorm annimmt. Mit dieser Beurtheilung wird sich zugleich ergeben, welche Weise, den allgemeinen Thatbestand zu construiren, die richtigere und zweckmäßigere sein dürfte.

Vom historischen Standpuncte aus, und um diesen zu gewinnen, mußte die bisherige geschichtliche Darstellung vorausgeschickt werden, welche aber auch bei der Beurtheilung nach dem zweiten Gesichtspuncte von Nutzen sein wird, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht zu dem Thatbestande gehöre. Denn das corpus delicti und dessen Gewißheit galt den älteren Criminalisten bei den einzelnen Verbrechen nur für die Grundbedingung, ohne welche überhaupt eine Untersuchung gar nicht eingeleitet werden könne. Selbst wenn es sich nur um Eröffnung der Generalinquisition handelte, sprachen sie davon, daß zuvor das corpus delicti bewiesen sein müsse. Sie begnügten sich freilich dabei, was jedoch natürlicher Weise den Begriff des corpus delicti an und für sich nicht verändern kann, mit einem sehr geringen Grade des Beweises, während sie für die übrigen Abschnitte des Verfahrens desto strengeren Beweis erforderten, je größer die Nachtheile waren, die für den einzelnen Angeschuldigten daraus hervorgehen konnten. Auf jeden Fall konnte daher, wenn das corpus delicti nur die Vorbedingung sein sollte für die Eröffnung der Untersuchung, diese selbst nicht erst zu demselben führen sollen. Damit war aber nicht ausgeschlossen, daß der Grad des Beweises,

Digitized by Google

daß es in der That vorhanden sei, durch die einzelnen Abschnitte derselben verstärkt werden konnte, wie denn auch in einzelnen Fällen das corpus delicti, welches im Allgemeinen vorlag, erst in der Untersuchung selbst durch die Ermittelung der Person des Thäters seinen bestimmteren Charakter erhalten konnte [1]). Um anschaulicher zu sprechen, so mußte wenigstens durch Gerücht oder durch angebrachte Rüge de corpore delicti constare, um überhaupt eine Veranlassung zu haben, die Generalinquisition zu beginnen. Durch dieselbe wurde zwar dieser sehr schwache Beweis des corpus delicti verstärkt, indem etwa, wenn es ein delictum facti permanentis war, der Richter sich durch Augenschein von dem überzeugte, was ihm früher nur durch Gerücht zugekommen war; allein das corpus delicti wurde doch dadurch nicht erst geschaffen, sondern nur das bereits vorhandene in stärkerem Grade bewiesen. Die Aufgabe der Generalinquisition war aber damit noch keines Weges erfüllt. Denn obgleich diese ihrem Wesen nach noch gegen keinen bestimmten Menschen gerichtet war, so bestand doch daneben ihr hauptsächlicher Zweck gerade darin, Anzeigen und Materialien zu erhalten, durch welche die Specialinquisition begründet werde. Diese selbst, welche natürlich die Gewißheit des corpus delicti in höherem Grade voraussetzte, hatte aber zur Aufgabe, genügende Beweise für die Schuld des einzelnen bestimmten Angeschuldigten

1) Z. B. wenn sich ergab, daß es ein Verwandter oder Ehegatte war, der die Tödtung oder die Nothzucht vollbracht hatte. In solchen Fällen ist aber immer schon ein corpus delicti vorhanden, ohne welches die Untersuchung gar nicht eröffnet werden könnte, und es findet sich nur wegen des besonderen persönlichen Verhältnisses des Subjectes des Verbrechens zu dem Objecte desselben, daß der dolus eigenthümlicher Natur gewesen war.

Digitized by Google

zu liefern[1]), damit er verurtheilt, oder wenigstens zur peinlichen Frage gebracht werden könne.

Wollte man nun die Bedeutung, welche das corpus delicti ursprünglich für die einzelnen Verbrechen hatte, generalisiren und einen allgemeinen Thatbestand bilden, dessen Begriff über jene ursprüngliche Bedeutung nicht hinaus gehen sollte, so dürfte man Nichts in denselben aufnehmen, was zu ermitteln als die eigentliche Aufgabe der Inquisition angesehen werden müßte. Von jeder Inquisition kann aber behauptet werden, daß sie gegen bestimmte Personen gehe, indem sie entweder als Specialinquisition unmittelbar gegen dieselben gerichtet ist, oder wenigstens als Generalinquisition den Zweck hat, Anzeigen gegen bestimmte Menschen, deren Person zur Zeit noch unbekannt sein kann, zu erhalten; zum Wenigsten kann man es vor eröffneter Inquisition noch auf keinen Fall mit bestimmten Menschen zu thun haben; da nun dennoch das corpus delicti selbst schon vor der Generalinquisition vorhanden sein mußte, so folgt daraus, daß Nichts, was Beziehung hat mit der bestimmten Person des Thäters, in den Bereich des corpus delicti gezogen werden dürfe. Da ferner im Besonderen durch die Inquisition ermittelt werden soll, ob das Verbrechen, welches vorliegt, wäre es auch im bloßen Gerüchte oder einseitigem Anbringen, von den bestimmten Personen verübt worden sei, und zwar in einer Weise, daß sie dafür zur Strafe gezogen werden können, und da hierzu gehört, nicht allein, daß das Verbrechen von ihnen dolos oder culpos, sondern auch, daß es in zu-

1) Es ist aber, wie kaum bemerkt zu werden braucht, damit nicht ausgeschlossen, daß die Inquisition in gleichem Maße sowohl auf die Ermittelung der Unschuld, als auf die der Schuld gerichtet ist.

Digitized by Google

rechnungsfähigem Zustande begangen worden sei, da also die Zurechnungsfähigkeit durch die Inquisition ermittelt werden soll, und da endlich Nichts, dessen Ermittelung Aufgabe der Inquisition ist, zum corpus delicti gehört, so kann auch die Zurechnungsfähigkeit nicht zu denselben gerechnet werden.

Ebenso hat die Inquisition die Aufgabe, an der Person des Angeschuldigten nicht nur die Thatsachen auszumitteln, von welchen es abhängt, daß er überhaupt bestraft werden könne, sondern auch alle diejenigen Umstände zu erforschen, welche auf die Bestimmung der Strafgröße Einfluß auszuüben im Stande sind. Aus dem angegebenen Grunde könnten daher die außerwesentlichen Umstände des Verbrechens, wie Ort und Zeit des begangenen Verbrechens, oder die besondere Eigenschaft der Person, von welcher und gegen welche dasselbe verübt worden, ebenfalls nicht in das corpus delicti aufgenommen werden. Es kann zwar vorkommen, daß sich solche Umstände zugleich mit ergeben, wenn der Beweis des corpus delicti geführt ist, wie z. B. wenn in eine Kirche eingebrochen wurde, um zu stehlen, oder wenn es eine Nonne war, welche entführt worden. Allein das ist ein zufälliges Zusammentreffen von zwei Dingen, die an und für sich geschieden sind, und durch dieses Zusammentreffen natürlich nicht mit einander verbunden werden können. In derselben Weise kann es ja auch kommen, daß der Beweis des corpus delicti mit dem Beweise der Thäterschaft zusammen trifft, wenn z. B. der Verbrecher auf der frischen That ergriffen wird, ohne daß deßwegen corpus delicti und Thäterschaft zusammen fielen. Vielmehr bilden die Aufnahme des corpus delicti und der Beweis der Thäterschaft immer zwei ganz verschiedene Verfahren, welche durch dieses Zusammentreffen zwar

Digitized by Google

in der Zeit näher an einander gerückt und auch erleichtert werden können, allein doch immer sowohl in Ansehung der Zeit, als auch des Gegenstandes geschieden bleiben. Die besonderen außerwesentlichen Umstände des Verbrechens sind aber immer nur aus dem Grunde von Einfluß auf die Bestimmung des Strafquantums, weil sie in Beziehung stehen mit der Person des bestimmten Thäters und eine besondere Eigenschaft seiner That an den Tag legen. Sie können daher gar nicht anders in Betracht kommen, als bei der Person des bestimmten Thäters, und eben deßwegen nicht mit zu dem corpus delicti gehören.

Von dem historischen Standpuncte aus läßt es sich daher nicht vertheidigen, die Zurechnungsfähigkeit oder die außerwesentlichen Umstände des Verbrechens zu dem corpus delicti zu rechnen. Denn Beides kann nicht in Betracht kommen ohne die bestimmte Person des Thäters, deren Ermittelung eben seiner ursprünglichen Bedeutung nach nicht zum corpus delicti gehören kann. Aus demselben Grunde können dolus und culpa nicht in den Bereich des corpus delicti gezogen werden, in sofern sie bei dem bestimmten Thäter vorkommen, indem ja Alles, was sich auf diesen beziehet, davon ausgeschlossen werden muß. Dagegen konnte, wie schon die italiänischen Practiker sehr richtig fühlten, von einem Delicte keine Rede sein ohne die Annahme, daß die verbrecherische Erscheinung, z. B. die gewaltsame Tödtung durch das Thun oder Unterlassen eines Menschen herbeigeführt worden war, und zwar durch eine solche Handlung, welche von vorne herein als eine strafbare angesehen werden mußte. Deßwegen müssen denn, da alle strafbaren Handlungen entweder dolose oder culpose sind, auch dolus und culpa im Allgemeinen mit zu dem corpus delicti gerechnet werden.

Digitized by Google

Man wende nicht ein, es sei ein Widerspruch, oder wenigstens eine Inconsequenz, das Erforderniß, daß die verbrecherische Wirkung zwar nicht von einem bestimmten Menschen, aber doch von einem Menschen überhaupt hervorgebracht worden sei, zu dem Thatbestande zu rechnen, dagegen, daß dieselbe von einem zurechnungsfähigen Menschen hervorgebracht sei, von demselben ausschließen zu wollen. Es könnte zwar auf den ersten Anblick scheinen, daß ebenso gut, als das, was die imputatio facti ganz im Allgemeinen, d. h. nicht in Beziehung auf einen bestimmten Menschen genommen, begründe, in den Begriff des Thatbestandes aufgenommen werden solle, auch die Bedingungen der imputatio juris ganz im Allgemeinen, in der Bedeutung, daß der Mensch überhaupt, dessen That man die Wirkung zuschreibe, in zurechnungsfähigem Zustande gewesen sei, dazu gehören müssen. Allein bei dem Zwecke, zu welchem man die Lehre vom corpus delicti überhaupt ausbildete, konnte man nicht dazu kommen, die Zurechnungsfähigkeit, auch in dieser Allgemeinheit genommen, in den Thatbestand mit aufzunehmen, da dieses mit der Erreichung dieses Zweckes in gar keinem Zusammenhange gestanden haben würde. Denn daß die anscheinend verbrecherische Wirkung von einem Menschen hervorgebracht worden sei, mußte man annehmen [1]), um eine Untersuchung, die ja ihrer Tendenz nach immer gegen Menschen, als die Urheber dieser Wirkung, gerichtet ist, eröffnen zu können.

---

1) Denn das constare de corpore delicti, welches erforderlich war, selbst um die Generalinquisition zu beginnen, war oft Nichts weiter, als eine bloße Annahme oder Voraussetzung, die in der Untersuchung selbst erst ihre vollständige Bestätigung erhielt, aber auch widerlegt werden konnte.

Digitized by Google

Wenn sich auch im Verlaufe der Untersuchung ergeben mochte, daß diese Annahme ungegründet war, indem man etwa fand, daß die Feuersbrunst durch einen Zufall entstanden war, so war der Zweck derselben doch erfüllt, da diese natürlich ebenso sehr auf Ermittelung der Unschuld, als der Schuld gerichtet war. Lag aber schon in der äußeren Erscheinung der Wirkung der Beweis, daß dieselbe nicht durch einen Menschen hervorgebracht worden, indem der erschlagene Mensch etwa durch den Blitz getödtet war, so konnte verständiger Weise die Untersuchung gar nicht eröffnet werden, und eben deßwegen mußte der Umstand, daß die Wirkung durch einen Menschen hervorgebracht worden, zu dem corpus delicti gehören.

Dagegen hätte es zu gar Nichts helfen können, schon vor Eröffnung der eigentlichen Untersuchung die Frage erörtern zu wollen, ob die Wirkung auch von einem zurechnungsfähigen Menschen hervorgebracht worden sei. Denn diese Frage hätte nicht in Beziehung auf die bestimmte Person des Thäters gestellt werden können, mit der man es ja noch gar nicht zu thun hatte, sondern sie hätte nur ganz im Allgemeinen aufgeworfen werden müssen. In dieser Allgemeinheit aber ließ sich über diese Frage Theils gar nicht entscheiden, so daß in dieser Beziehung das constare de corpore delicti nicht wohl möglich gewesen wäre, Theils hätte diese Entscheidung, wenn sie anders wirklich möglich gewesen wäre, keinen Einfluß darauf haben können, ob überhaupt die Untersuchung eröffnet werden sollte, oder nicht. Denn darüber, ob eine vorliegende Wirkung überhaupt durch einen Menschen hervorgebracht worden sei, oder nicht, läßt sich wohl entscheiden, auch ohne daß man die Person des Thäters zu kennen braucht, da die Wirkung selbst bloß ihrer äußeren Erscheinung nach,

Digitized by Google

bald bloße Wahrscheinlichkeit, welche in der Untersuchung selbst entweder widerlegt oder bis zur völligen Gewißheit erhoben werden kann, bald sogleich vollständigen Beweis liefern kann [1]). Ob aber dieser noch unbekannte Mensch sich in zurechnungsfähigem Zustande befunden habe, oder nicht, dafür konnte die hervorgebrachte Wirkung ihrer äußeren Erscheinung nach nicht die geringsten Vermuthungen oder Wahrscheinlichkeiten an die Hand gaben. Zu der Annahme, er sei unzurechnungsfähig gewesen, in welchem Falle allerdings jede weitere Untersuchung überflüssig gewesen wäre, konnte um so weniger genügende Veranlassung vorliegen, als Zurechnungsunfähigkeit überhaupt nicht der gewöhnliche und muthmaßliche Zustand ist, in welchem die Menschen sich befinden; zu der Annahme dagegen, er sei zurechnungsfähig gewesen, lag, ehe man seine Person kannte, ebenfalls kein hinlänglicher Grund vor, da erfahrungsmäßig doch auch viele Menschen an unzurechnungsfähigem Zustande leiden. In keinem Falle konnte man deßwegen, ob überhaupt eine Untersuchung eingeleitet werden solle, oder nicht, von einer Frage abhängig machen, die erst durch die Untersuchung selbst gelöst werden konnte, während dagegen die Bedingungen der imputatio facti ganz im Allgemeinen, d. h. ohne Beziehung auf einen bestimmten Menschen als Thäter genommen, sich aus der bloßen äußeren Erscheinung erkennen liessen, und als vorhanden vorausgesetzt

---

1) Oft läßt sich z. B. aus der Beschaffenheit der Wunden erkennen, daß dieselben nicht durch eigene, sondern nur durch fremde Hand zugefügt sein können. Ueberdieß ist bei vielen Verbrechen, z. B. Raub, Diebstahl und allen Fleischesvergehen die Wirkung von der Art, daß sie nicht anders, als von einem Menschen hervorgebracht worden sein kann.

Digitized by Google

werden mußten, ehe zu einer Untersuchung geschritten werden konnte.

Auf diese Weise erhält man auf historischem Wege einen Begriff des corpus delicti im Allgemeinen, nach welchem eine verbrecherische, durch eine entweder dolose oder culpose Handlung bewirkte Erscheinung, nicht aber die Zurechnungsfähigkeit und die außerwesentlichen Umstände des Verbrechens zu demselben gehören.

In dieser Definition des corpus delicti ist zwar bereits ausgedrückt, daß außer dolus oder culpa und der durch diese hervorgebrachten Wirkung noch ein anderes Merkmal in demselben enthalten sei. Allein zur vollständigen Auffassung des Begriffes ist es nothwendig, daß dieses Merkmal noch besonders hervorgehoben werde. Die Wirkung nämlich, oder die äußere Erscheinung, welche zu jedem Thatbestande gehört, muß eine verbrecherische sein, wie dieses schon aus den Ausdrücken corpus delicti oder Thatbestand des Verbrechens hervorgehet. Auch ist dieses Erforderniß zugleich mit ausgesprochen, wenn gesagt wird, daß zu dem Thatbestande immer entweder dolus oder culpa gehören. Denn dolus und culpa erhalten ihre Eigenschaft als solche erst dadurch, daß sie eben auf Hervorbringung einer verbrecherischen Erscheinung gerichtet sind, wie ja schon der gesunde Verstand lehret, daß von beiden keine Rede sein kann, wenn eine Wirkung vorliegt, die sich schon ihrer äußeren Erscheinung nach als eine nicht verbrecherische erweiset. Der Untersuchungsrichter muß daher, um nur eine solche Ueberzeugung von dem Dasein des corpus delicti zu erlangen, als zur Eröffnung der Generalinquisition nothwendig ist, ein allgemeines Unterscheidungsmerkmal haben, an welchem er erkenne, welche Erscheinungen oder Wirkungen verbrecherische seien und

Digitized by Google

welche nicht. Denn außerdem würde er dem Zufalle oder seinem eigenen, oft trüglichen Gefühle überlassen sein, und beständige Gefahr laufen, entweder bei Fällen, in welchen kein Verbrechen liegt, eine Untersuchung einzuleiten, oder wirkliche Verbrechen ununtersucht zu lassen. Dieses Merkmal kann nun für den Richter in einem gegebenen Staate, in welchem kein anderes Recht gelten kann, als positives, nur darin bestehen, daß es in demselben mit Strafe bedrohet ist, eine bestimmte Erscheinung oder Wirkung durch diese oder jene Handlung hervorzubringen. Die Erscheinung kann daher, sowie die Handlung, durch welche dieselbe hervorgebracht wird, ihre Eigenschaft, als eine verbrecherische, nur durch das positive Strafgesetz erhalten, und ohne dasselbe würde es dem Richter unmöglich sein, Gewißheit von dem corpus delicti zu erlangen [1]).

Wird sich aber, wenn man auf dem historischen Standpuncte stehen bleibt, deßwegen sagen lassen, daß die Strafbarkeit mit zu dem corpus delicti gehöre, und einen Bestandtheil desselben bilde? Es leuchtet von selbst ein, daß dieses nicht der Fall sein kann. Denn das corpus delicti ist das Verbrechen [2]), soweit sich dasselbe, ohne die bestimmte Person des Thäters zu kennen, auffassen läßt, und darum kann nur, was einen Bestandtheil des Verbrechens bildet, zu demselben gehören. Das Verbrechen im Allgemeinen kann aber, wie früher gezeigt worden ist, gar nicht gedacht werden, ohne zugleich an die Person des Verbrechers, aber ebenfalls im Allgemeinen, zu den-

---

1) Nullum crimen sine lege. Vergl. darüber vorzüglich Abegg, a. a. O. S. 80.

2) Man erinnere sich, daß die Practiker die Ausdrücke „corpus delicti“ und „delictum“ ganz gleichbedeutend gebrauchen.

Digitized by Google

ken, so daß sowohl die Wirkung, als die Handlung, durch welche dieselbe hervorgebracht worden, zu demselben gerechnet werden muß. Der Umstand aber, daß in einem Strafgesetze Strafe darauf gesetzt ist, diese oder jene Wirkung hervorzubringen, kann auf keinen Fall für einen Bestandtheil des Verbrechens angesehen werden. Denn die Strafbedrohung ist ebenso wenig ein Theil der Handlung, durch welche die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht wird, als in ihr eine Wirkung dieser Handlung gefunden werden kann. Gehet doch die Strafbedrohung von dem Gesetzgeber aus, und nicht von dem Verbrecher, und kann doch nur in dem, was dieser durch seine Handlung hervorbringt, das Verbrechen und das corpus delicti bestehen. Auch hatte die Aufstellung des Begriffes von corpus delicti keinen anderen Zweck, als dem Richter die Bedingung und Veranlassung anzugeben, ohne welche er überhaupt keine Untersuchung einleiten könne, und diese Bedingung konnte nicht darin bestehen, daß ein Strafgesetz vorhanden war, sondern nur darin, daß eine That vorlag, die unter das Strafgesetz subsumirt werden konnte. Dagegen folgt aus diesen Bemerkungen von selbst, daß von einem corpus delicti keine Rede sein könne, wenn nicht ein Strafgesetz vorhanden ist, aus welchem hervorgehet, daß es eine verbrecherische Erscheinung sei, welche durch eine Handlung hervorgebracht worden. Allein das Strafgesetz und die aus demselben hergeleitete Strafbarkeit ist alsdann nur eine Voraussetzung des corpus delicti, die ihm vorhergehen muß und deßwegen kein Bestandtheil desselben sein kann. Wäre es anders und hätten die Practiker, wenn sie von dem corpus delicti sprechen, auch das Merkmal der Strafbarkeit zu demselben gerechnet, so hätten sie nicht sagen können, daß der geringste Grad, in welchem

Digitized by Google

das corpus delicti bewiesen werde, in bloßem Gerüchte oder einseitigem Anbringen bestehe, sie hätten ebenso wenig sagen können, daß das corpus delicti durch Augenschein, Zeugen, Indicien oder Geständniß bewiesen werde, da wenigstens ein Theil desselben, das Merkmal der Strafbarkeit nämlich, niemals durch diese Mittel hätte bewiesen werden können, sondern sogleich seinen vollständigen Beweis in dem positiven Strafgesetze hatte.

Mit einem Worte, die Strafbarkeit ist keine factische Frage, die eines processualischen Beweises bedürfte, sondern eine Rechtsfrage, über welche nur das Recht selbst Aufschluß geben kann. Das Strafgesetz und die aus demselben hergeleitete Strafbarkeit macht die Handlung und die durch sie hervorgebrachte Wirkung zum Verbrechen, ohne deßwegen für einen Bestandtheil desselben gelten zu können. Allein aus der Strafbarkeit, obgleich sie für sich selbst kein Bestandtheil oder Merkmal, sondern nur eine Voraussetzung des Verbrechens ist, folgt nothwendig, daß das Verbrechen, um eben Verbrechen zu sein, noch ein anderes Merkmal an sich tragen müsse. Das Princip nämlich, nach welchem in einer Gesetzgebung überhaupt gewisse Handlungen für strafbar erklärt worden sind, mag sein, welches es will: auf jeden Fall können es nur widerrechtliche Handlungen sein, welche unter die Strafgesetze fallen. Denn die Strafbedrohung, welchen Zweck der Gesetzgeber auch sonst durch dieselbe beabsichtigen mag, enthält immer, obgleich oft stillschweigend die Erklärung, daß es eine unerlaubte und widerrechtliche Handlung sei, auf welche sie sich beziehet. Man kann zwar in gewisser Beziehung sagen, die Handlung werde rechtswidrig erst durch das Strafgesetz, so daß die Widerrechtlichkeit nicht als die Ursache, sondern nur als die Folge der Strafbedrohung er-

Digitized by Google

scheint [1]); allein vom Standpuncte des positiven Rechtes und des Gesetzgebers aus läßt sich unbedingt behaupten, daß die Widerrechtlichkeit der Handlung die Ursache sei, durch welche er sich bewogen gefunden habe, Strafe auf dieselbe zu setzen. Denn außerdem würde überhaupt nicht von der Strafe als einer rechtlichen Folge der Handlung die Rede sein können, sondern dieselbe vielmehr für einen Ausfluß der bloßen Gewalt und Willkür angesehen werden müssen. Daraus folgt aber, daß auf keinen Fall Handlungen für Verbrechen gehalten werden können, welche nach der positiven Gesetzgebung dieses Staates nicht für widerrechtliche gelten. Für solche Handlungen, bei welchen schon in ihrer äußeren Erscheinung der Beweis liegt, daß sie keine widerrechtlichen sind, versteht sich dieses zu sehr von selbst, als daß es einer weiteren Entwickelung bedürfte; auch liegt der äußere und positive Beweis dafür darin, daß ihrer eben in einem Strafgesetze keine Erwähnung gethan ist. Allein es giebt auch Handlungen, welche zwar das Aeußere einer widerrechtlichen Handlung an sich tragen, aber dennoch keine widerrechtlichen sind, weil der, welcher sie beging, aus einem besonderen Grunde dazu berechtigt war [2]). Es versteht sich nach dem Bisherigen von selbst, daß solche Handlungen kein Verbrechen ausmachen können, und daß es also dem Richter, wenn er den Beweis eines begangenen Verbrechens, auch abgesehen von der bestimm-

1) Das ist namentlich der Fall, wenn Handlungen, deren Strafbarkeit nicht schon das natürliche Gefühl eingiebt, durch das Gesetz für strafbar erklärt sind, z. B. daß es nach der lex Julia de vi strafbar war, Waffen zu tragen; oder die Vorschrift des Senatusconsultum Libonianum und dergleichen.

2) Z. B. Tödtung aus Nothwehr, oder in Folge gesetzlicher Befugniß.

Digitized by Google

ten Person des Thäters vollständig haben soll, auch bewiesen sein muß, daß keine besondere Berechtigung zu der Handlung Statt gefunden habe, daß dieselbe also eine widerrechtliche gewesen sei. Das Merkmal der Widerrechtlichkeit wird also, weil, wenn es mangelte, gar kein Verbrechen und also keine Veranlassung zur Untersuchung vorliegen würde, einen nothwendigen Bestandtheil des corpus delicti ausmachen müssen. Es darf angenommen werden, daß dieses Merkmal, weil es eben in dem Begriff liegt, von jeher von den Practikern zu dem corpus delicti gerechnet worden sei [1]), (wie es denn auch in dem Ausdrucke delictum, res turpis, factum illicitum, von selbst mit enthalten ist.

Um in wenigen Worten das Resultat der bisherigen Entwickelung zusammen zu stellen, so ist das corpus delicti, wenn man der historischen Bedeutung des Begriffes

---

1) Es konnte z. B. den Practikern nicht einfallen, von einem corpus delicti zu sprechen, wenn der Henker, um die Sentenz zu vollstrecken, einem Menschen das Leben nahm. Daraus folgt, daß von einem corpus delicti keine Rede sein konnte, wenn eine besondere Berechtigung zu der Handlung vorlag. Zu dem corpus delicti mußte also der Mangel einer besonderen Berechtigung gehören. Der Beweis davon war aber, da er auf eine Negation ging, leicht zu führen, und war eigentlich immer durch die Handlung selbst geführt, bis das Gegentheil bewiesen war. Deßwegen konnte bei diesem Puncte das constare de delicto keine Schwierigkeit machen. Die Wiederlegung dieses Beweises und die Ausführung, daß dem Thäter eine besondere Berechtigung zugestanden habe, konnte freilich mit Ausnahme der wenigen Fälle, in welchen es, wie bei dem Henker, sogleich augenscheinlich war, erst in der gegen den einzelnen Thäter gerichteten Untersuchung vorkommen, indem sich etwa ergab, daß dieser aus Nothwehr gehandelt habe.

Digitized by Google

getreu bleiben will, die durch eine rechtswidrige, entweder dolose, oder culpose Handlung hervorgebrachte verbrecherische Erscheinung.

Ist aber dieser historische Begriff des corpus delicti auch brauchbar für das System und die Methode der wissenschaftlichen Darstellung? Diese Frage führt auf die Beurtheilung der verschiedenen darüber aufgestellten Ansichten nach dem philosophischen Gesichtspuncte.

Daß der Wissenschaft an und für sich die unbedingte Freiheit zustehe, von diesem historischen Begriffe, wenn er ihren Zwecken nicht zusagen sollte, abzugehen, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn aus der oben gegebenen geschichtlichen Darstellung ergiebt sich, daß auch dieser historische Begriff für einen positiven, über welchen die Wissenschaft eines positiven Rechtssystemes allerdings nicht würde hinausgehen dürfen, nicht angesehen werden kann. Dieser Begriff ist vielmehr ebenfalls nur ein Product der Doctrin und der Schule, zu dem Zwecke wissenschaftlicher Darstellung geschaffen, und kann deßwegen von der neueren Doctrin zu demselben Zwecke sowohl gänzlich aufgegeben, als auch verändert werden [1]). Positiv und in sofern auch

1) Wenn ich sage, der Begriff des corpus delicti, auf welchen es hier ankommt, sei kein positiver, so ist das nur in formaler Hinsicht gemeint, d. h. in Beziehung auf die Frage, welche Merkmale in denselben aufzunehmen oder daraus wegzulassen seien. Dagegen sind die einzelnen Merkmale selbst natürlich positiv zu behandeln, und also z. B. dolus und culpa, nachdem man darüber einig geworden, daß sie dazu gehören, nicht etwa philosophisch zu erörtern. In derselben Weise ist der ganze allgemeine Theil unseres gemeinen Strafrechtes in formaler Hinsicht nicht positiv, indem kein Gesetz vorschreibt und vorschreiben kann, was Alles in denselben aufgenommen und in welcher Weise das Aufgenommene angeordnet werden müsse. Aber der Inhalt selbst kann, worüber in

Digitized by Google

für die positive Rechtswissenschaft verbindend ist der Begriff des corpus delicti und das Erforderniß desselben nur so weit, als in demselben die Bedingungen enthalten sind, ohne welche nach Vorschrift unserer Gesetze [1]) dem Untersuchungsrichter nicht zu bestimmten Maßregeln gegen die Person des Angeschuldigten zu schreiten gestattet ist. Ob man den Inbegriff dieser Bedingungen corpus delicti oder Thatbestand nennen will, oder nicht, ist am Ende gleichgültig, da die Sache selbst durch die Bezeichnung derselben keine Veränderung erleiden kann; soll es aber geschehen, wie es denn von Aelteren und Neueren geschehen ist, so erhält man zwar für den Criminalproceß ein corpus delicti, dessen Begriff und Inhalt positiv bestimmt und der wissenschaftlichen Freiheit nicht mehr anheim gegeben ist. Allein von diesem processualischen corpus delicti ist hier nicht die Rede. Es handelt sich hier um die Bedeutung, welche dem corpus delicti im Criminalrechte im engeren Sinne, d. h. im Gegensatze und mit Ausschluß des Criminalprocesses genommen, gegeben werden muß. Viele Rechtslehrer und namentlich diejenigen, welche die Zurechnungsfähigkeit von dem corpus delicti ausschließen, haben es auch hier für das Zweckmäßigere befunden, von jener processualischen Bedeutung nicht abzuweichen [2]). An-

---

neuester Zeit auch keine wesentliche Meinungsverschiedenheit mehr Statt zu finden scheint, nur positiver Art sein.

1) Namentlich nach Art. 6. der P. G. O.

2) In einer gewissen Beziehung hat Roßhirt allerdings Recht, wenn er a. a. O. S. 302 sagt, daß der ganze Begriff von Thatbestand zerstört werde, wenn man unter der Benennung „subjectiver Thatbestand" die Lehre von der Zurechnung mit herbei ziehe. Denn in den processualischen Begriff gehört die Zurechnungsfähigkeit sicherlich nicht. Allein es steht Nichts im

Digitized by Google

dere haben von der Freiheit, die ihnen unzweifelhaft zustand, Gebrauch gemacht; ob sie recht daran gethan haben, mag nun erörtert werden.

Die Erörterung dieser Frage hängt aber zusammen mit dem Zwecke, den man überhaupt durch Construction eines allgemeinen Thatbestandes zu erreichen beabsichtigt.

Wie nun im wirklichen Leben Nichts Allgemeines, sondern nur Einzelnes zur Erscheinung kommt, so können auch die menschlichen Handlungen, die verbrecherischen sowohl, als die nicht verbrecherischen, nur als einzelne, bestimmte Handlungen vorkommen. Das Gesetz, welches ja für das wirkliche Leben berechnet ist, kann sich zwar deßwegen auch nur auf die einzelnen Handlungen, wie sie dasselbe darbietet, beziehen. Allein der menschliche Geist wird durch seine Natur darauf hingewiesen das Einzelne auf das Allgemeine zurückzuführen und als eine Erscheinungsform desselben zu betrachten; auch kann Recht und Gesetz, mag es auf Gewohnheit, oder ausdrücklicher Satzung beruhen, wenn es für gewisse Handlungen gewisse rechtliche Folgen eintreten lassen will, dieses nicht anders thun, als indem es aus den einzelnen Handlungen, welche im Leben vorkommen können und welche es treffen will, einen allgemeinen Begriff von dieser Handlung abstrahirt, welcher eben, weil er allgemein und nur durch Abstraction geschaffen ist, im Leben selbst nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar in den einzelnen Handlungen, aus welchen er abstrahirt ist, zur Erscheinung kommt. Auf diese Weise kann das Verbrechen in dem Gesetze nur als Gattung dastehen, und da es im Begriffe der Gattung liegt, daß sie

---

Wege, sich für das Criminalrecht im engeren Sinne einen anderen Begriff von Thatbestand zu bilden.

Digitized by Google

bestimmt sei, und ein Ganzes bilde, welches Alles, außer ihr Liegende ausschließet, nur als bestimmte Gattung der Tödtung, des Diebstahles, des Raubes u. s. w. [1]) Jede Verbrechensgattung erhält aber ihre Bestimmtheit durch den Inbegriff der Merkmale, durch welche sie gebildet und eben von anderen unterschieden wird. Wie daher die Angabe dieser Merkmale nothwendig in das Gesetz gehört, so wird sich dasselbe auch hierauf beschränken können. Denn den Begriff der Verbrechensgattung aufzustellen, ist nicht eigentlich Sache des Gesetzes, sondern vielmehr der Wissenschaft, welche denselben aus den in dem Gesetze angegebenen Merkmalen zu abstrahiren hat. Es ist aber klar, daß der Begriff, wenngleich nicht ausdrücklich in dem Gesetze ausgesprochen, doch demselben zu Grunde gelegen haben muß, da es außerdem der Wissenschaft unmöglich sein würde, denselben daraus zu entnehmen.

Die Wissenschaft kann aber und muß noch weiter gehen, indem sie in derselben Weise, in welcher der Gesetzgeber aus den einzelnen im Leben vorkommenden Handlungen einen allgemeinen Begriff dieser Handlung als Gattung abstrahirt, aus den verschiedenen im Gesetze vorkommenden Gattungen einen allgemeinen Begriff des Verbrechens ableitet. Es kann nämlich nicht anders sein, als daß der Gesetzgeber, indem er gewisse Handlungen mit Strafe bedrohete und dadurch für Verbrechen erklärte, dabei von einem allgemeinen Begriffe des Verbrechens ausgegangen sei, und daß er diese Handlungen nur aus dem Grunde für Verbrechen erklärt habe, weil er in ihnen die-

1) Es versteht sich dabei von selbst, daß die einzelne Gattung wieder in Untergattungen zerfallen kann, z. B. die Tödtung in die des Mordes, des Todtschlages, des Verwandtenmordes u. s. w.

Digitized by Google

sen allgemeinen Begriff, nur in einer besonderen Form oder Gestaltung, wieder erkannte. Würde man doch außerdem annehmen müssen, daß er, der Gesetzgeber, mit Willkür und Laune verfahren sei, so daß das ganze Strafrecht weniger für einen Ausfluß des Rechtes und der Nothwendigkeit, als vielmehr für ein Werk des Zufalles würde angesehen werden müssen. Diesen allgemeinen Begriff des Verbrechens in einem Gesetze anzugeben, würde freilich nicht am rechten Orte sein; oder wenigstens: der Satz, in welchem dieser allgemeine Begriff ausgesprochen wäre, würde, wenn er auch in einem Gesetzbuche stände, doch nicht für ein eigentliches Gesetz gehalten werden können. Denn dieser Satz würde keine Bestimmung enthalten, von welcher unmittelbare Anwendung gemacht werden könnte, da, wie überhaupt Nichts Allgemeines, so auch kein Verbrechen im Allgemeinen im wirklichen Leben vorkommen kann. Nichtsdestoweniger ist aber dieser Begriff des Verbrechens im Allgemeinen kein leerer Begriff, der auch allenfalls entbehrt werden könnte. Denn ohne denselben erfaßt zu haben, würde der Einzelne in den verschiedenen Strafgesetzen nur Willkürliches erblicken können, in derselben Weise, als der Strafgesetzgeber in der That nur Willkürliches begangen haben würde, wenn er denselben nicht wirklich gehabt hätte.

Zwar kann in einer gewissen Beziehung, in sofern nämlich das positive Recht eines Volkes der Ausdruck des demselben inwohnenden Rechtsgefühles ist, behauptet werden, daß dieser allgemeine Begriff des Verbrechens auch durch das allgemeine Rechtsgefühl eingegeben werde, wie denn in der That in dem Verzeichnisse unserer gemeinrechtlichen Verbrechen keine oder nur sehr wenige sein dürften, bei welchen der gesunde Rechtssinn Anstoß finden könnte,

Digitized by Google

daß Strafe auf dieselben gesetzt ist. Allein die Wissenschaft kann sich damit ebenso wenig begnügen, als die Praxis, zumal bei dem Zustande der Quellen unseres gemeinen Rechtes, dabei würde auskommen können. Denn der Wissenschaft ist es um scharfe, eindringende Erkenntniß der Sache, nicht um ein bloßes Gefühl von derselben zu thun, und die Praxis befindet sich keines Weges in dem Falle, daß sie von diesem allgemeinen Begriffe keinen Gebrauch zu machen hätte. Denn wenn ein Mal gewiß ist, was nicht geleugnet werden kann, daß die in der Gesetzgebung als Verbrechen bezeichneten Handlungen nur aus dem Grunde für Verbrechen erklärt worden sind, weil in ihnen der in Frage stehende allgemeine Begriff des Verbrechens zur Erscheinung gekommen ist, so ist klar, daß eine Handlung, sollte sie auch ihrer äußeren Erscheinung nach mit einem Verbrechen noch so viele Aehnlichkeit haben, doch nicht für ein solches angesehen werden kann, wenn sie nicht alle diejenigen Merkmale an sich trägt, durch welche eben jener allgemeine Begriff des Verbrechens gebildet wird. Dieser Begriff hat daher nicht bloß einen theoretischen, sondern auch einen unmittelbar practischen Werth, und deßwegen ist es auch in dieser Beziehung von Bedeutung, die einzelnen Bestandtheile, durch welche er gebildet wird, auf das Sorgfältigste zu erforschen.

Auf welche Weise die Wissenschaft zu verfahren habe, um zu diesem Begriffe zu gelangen, ist bereits angedeutet worden. Dieser Begriff ist in sofern ein rein positiver, als er eben derjenige ist, welcher allen einzelnen, im positiven Rechte dafür anerkannten Verbrechen zu Grunde liegt. Auf der anderen Seite aber ist es nicht Sache des Gesetzes, denselben auszusprechen, da es nicht ein Mal bei den einzelnen Verbrechensgattungen Aufgabe desselben ist,

Digitized by Google

den Begriff aufzustellen, sondern nur die Merkmale anzugeben, aus welchen derselbe besteht. Ob das Gesetz in derselben Weise, als ihm bei den einzelnen Verbrechensgattungen obliegt, anzugeben habe, welche Merkmale zu dem Begriffe des Verbrechens im Allgemeinen gehören, ist eine Frage, deren Beantwortung vom legislativen Standpuncte aus manchem Bedenken unterworfen sein mag; von dem positiven Standpuncte unseres gemeinen Rechtes aus kann aber diese Frage übergangen werden, da dasselbe wenigstens nicht sämmtliche, zu dem Verbrechen im Allgemeinen gehörigen Merkmale im Allgemeinen angegeben hat. Im Gegentheil hat dasselbe diese allgemeinen Merkmale und was mit denselben zusammen hängt, weit öfters nur bei Gelegenheit einzelner Verbrechensgattungen abgehandelt, als daß es dieselben in allgemeiner Fassung, so daß sie sich auch formell auf alle Verbrechen bezögen, aufgestellt hätte [1]). In jedem Falle liegt aber dieser allgemeine Begriff des Verbrechens allen einzelnen, in dem gemeinen Rechte dafür anerkannten Verbrechen in der Weise zu Grunde, daß er in jedem derselben vollständig enthalten sein muß. Es muß daher, wenn man die einzelnen Verbrechensgattungen von dem, wodurch sie eben ihre Eigenschaft als diese oder jene bestimmte Gattung erhalten, entkleidet, etwas übrig bleiben, was Nichts Anderes sein kann, als der Inbegriff derjenigen Merkmale, welche nach dieser Gesetzgebung zu dem Verbrechen im Allgemeinen gehören [2]).

1) Vergl. hierüber vorzüglich Abegg, a. a. O. §. 33. S. 55.

2) Daß hier die gewöhnliche und auch nicht unrichtige, aber bloß formale Definition des Verbrechens, es sei jede Handlung oder Unterlassung, auf welche in einem Strafgesetze Strafe gesetzt sei, nicht ausreiche, leuchtet von selbst ein. Denn es kommt hier auf den allgemeinen Begriff an, von welchem der Gesetzgeber aus-

Digitized by Google

Daß der auf diese Weise gefundene Begriff des Verbrechens im Allgemeinen nicht allein theoretischen, sondern auch practischen Werth habe, ist schon bemerkt worden. Ihn, diesen Begriff, darzustellen, und seine einzelnen Bestandtheile, sowohl von ihrer positiven, als auch von ihrer negativen Seite aus zu betrachten, indem nicht allein angegeben wird, wodurch die einzelnen Merkmale desselben hergestellt, sondern auch, wodurch sie wieder aufgehoben werden, ist eine der Hauptaufgaben des allgemeinen Theiles der Strafrechtswissenschaft. Daß aber zu dem richtigen Erfassen dieses Begriffes vor Allem erforderlich sei, in denselben Nichts Fremdartiges aufzunehmen, d. h. keine solchen Merkmale oder Bestandtheile, welche nicht hinein gehören, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn durch ein solches Verfahren muß ebenso sehr die klare Anschauung dieses Begriffes selbst getrübt werden, als es nicht ausbleiben kann, daß dasjenige, was ungehöriger Weise in denselben hinein gezogen wird, in seinem eigentlichen Wesen verkannt werde.

Will man nun das, was in diesen Begriff des Verbrechens im Allgemeinen gehört, durch den Ausdruck allgemeiner Thatbestand des Verbrechens bezeichnen, so wird sich zeigen, daß in denselben Nichts Anderes aufgenommen werden kann, als was schon in Folge der historischen Entwickelung, welche die Lehre vom Thatbestande genommen, in denselben gehört. Es ist aber, wie aus dem Früheren

---

ging, als er auf gewisse Handlungen Strafe setzte, und dieselben dadurch für Verbrechen erklärte. Der Umstand, daß gewisse Handlungen mit Strafe bedrohet sind, giebt noch keinen Aufschluß über die Natur dieser Handlungen, wie auch dieser Umstand auf keinen Fall als ein Merkmal oder als ein Bestandtheil dieser Handlungen angesehen werden kann.

Digitized by Google

hervorgehet, nicht schlechterdings nothwendig, daß man sich für den Inbegriff der zum Verbrechen im Allgemeinen gehörigen Merkmale des Ausdruckes allgemeiner Thatbestand bediene. Denn es ist kein Grund vorhanden, aus welchem man diesen Ausdruck nicht auch für den Inbegriff noch anderer Merkmale, welche zusammen zu stellen etwa das System erfordert, sollte gebrauchen dürfen. Es könnte daraus höchstens der Uebelstand entstehen, daß das Wort Thatbestand verschiedene Bedeutungen erhielte; eine andere nämlich für den Criminalproceß, und eine andere für das Criminalrecht im engeren Sinne. Allein die etwaigen Verwechselungen und Mißverständnisse, welche daraus hervorgehen könnten, würden sich am Ende leicht durch eine bestimmte Erklärung darüber, in welcher Bedeutung man das Wort verstanden haben wolle, vermeiden lassen. Es wird daher, um zu beurtheilen, ob gewisse Merkmale mit Recht oder mit Unrecht in den Begriff des allgemeinen Thatbestandes aufgenommen oder aus demselben weggelassen seien, immer zunächst darauf ankommen, ob man mit dem Ausdrucke den Inbegriff der zu dem Verbrechen im Allgemeinen gehörigen Merkmale bezeichnen, oder ob man etwas Anderes, und zu einem anderen Zwecke, als das Wesen des Verbrechens im Allgemeinen darzustellen, darunter begreifen wolle.

Von seinem Standpuncte aus hat daher Martin vollkommen Recht, wenn er auch die Zurechnungsfähigkeit mit in den allgemeinen Thatbestand aufgenommen hat [1]). Wenn er unter Thatbestand den Inbegriff der nothwendigen factischen Voraussetzungen verstehen wollte, von deren Dasein die gehörige Anwendung des Strafgesetzes

1) a. a. O. §. 29.

Digitized by Google

auf einen einzelnen vorliegenden Fall abhängig ist [1]), so konnte er nicht anders, als auch die Zurechnungsfähigkeit dazu zu rechnen. Denn Anwendung des Strafgesetzes ist so viel als Bestrafung, welche natürlicher Weise nicht über einen unzurechnungsfähigen Menschen verhängt werden kann. Nach dieser Bedeutung, welche er dem allgemeinen Thatbestande gegeben, ist es auch ganz richtig, in denselben das Merkmal aufzunehmen, daß der Verbrecher dem anzuwendenden Strafgesetze unterworfen gewesen sei, und sich nicht etwa in der Stellung des Souverains oder der Exterritorialität befunden habe [2]). Ganz consequent würde nach dieser Bedeutung auch dazu das Erforderniß gehören, daß man des Verbrechers habhaft sei und ihm seine Schuld gehörig bewiesen habe, da auch diese Umstände nothwendige Voraussetzungen des anzuwendenden Strafgesetzes sind. Wahrscheinlich aber hatte Martin bei seiner Construction des allgemeinen Thatbestandes nicht den Zweck, Alles, was das Wesen und den Begriff des Verbrechens im Allgemeinen bildet, aber auch Nichts weiter, als dieses, in denselben aufzunehmen. In der That erörtert er auch die Lehre von dem Verbrechen überhaupt genommen in einem späteren Hauptstücke seines Lehrbuches [3]).

Allein die Mehrzahl der neueren Criminalisten behandelt im allgemeinen Theile den Thatbestand in anderer Bedeutung und zu anderem Zwecke. Nach Wächter soll derselbe das, woraus eine verbrecherische That besteht, den Inbegriff der Merkmale des Verbrechens in thesi und in hypothesi enthalten [4]); Hefftter verstehet darunter die

1) a. a. O. §. 28.
2) a. a. O. §. 41.
3) a. a. O. §. 67 ff.
4) Lehrbuch, §. 46. Note 98.

Bedingungen oder Voraussetzungen des Verbrechens [1]), Abegg die allgemeinen Bedingungen, die wesentlichen Merkmale des Verbrechens, ohne deren vereintes Dasein gar keine verbrecherische Handlung vorhanden sein würde [2]). Diese Rechtslehrer, wie noch viele Andere, nehmen also den allgemeinen Thatbestand in dem Sinne, daß in demselben der Inbegriff derjenigen Merkmale enthalten sei, welche zu dem Begriffe des Verbrechens im Allgemeinen gehören. In der That scheint es auch sehr passend zu sein, den Ausdruck „allgemeiner Thatbestand" für diesen Inbegriff zu gebrauchen. Denn wenn man durch den Ausdruck „besonderer Thatbestand" den Inbegriff sämmtlicher Merkmale bezeichnet, durch welche der Begriff eines bestimmten besonderen Verbrechens hergestellt wird, so dürfte für den Inbegriff der das Verbrechen im Allgemeinen bildenden Merkmale schwerlich ein passenderer Ausdruck, als jener, gefunden werden können.

In den allgemeinen Thatbestand in diesem Sinne aber, der, wie bemerkt worden ist, den allgemeinen Begriff des Verbrechens in sich enthält, von welchem der Gesetzgeber ausging, als er seine verschiedenen Strafbestimmungen erließ, kann, wie nun gezeigt werden soll, Nichts aufgenommen werden, als was schon in den historischen Begriff des Thatbestandes gehört.

Schon die Consequenz hätte die Rechtslehrer davon abhalten können, auch das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit und der Strafbarkeit in den allgemeinen Thatbestand mit aufzunehmen. Der allgemeine Thatbestand kann nämlich nicht anders gewonnen werden, als durch Abstraction

1) Lehrbuch, §. 91. verglichen mit §. 35 ff.
2) Lehrbuch, §. 69.

Digitized by Google

aus den besonderen Thatbeständen, indem man bei den einzelnen Merkmalen derselben von dem absieht, was eben das Besondere daran ist, und indem man nur das Allgemeine, welches in jenen zur Erscheinung kommt, im Auge behält. Vergleicht man aber, was die Rechtslehrer als den Thatbestand der einzelnen Verbrechen angeben, so wird man zwar immer als einzelne Bestandtheile desselben eine äußere Erscheinung, und eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung, durch welche dieselbe eben hervorgebracht war, aber nirgends Zurechnungsfähigkeit [1]) und Strafbarkeit [2]) aufgeführt finden. Was aber in keinem der besonderen Thatbestände in einer bestimmten Form oder Gestaltung vorkommt, kann auch nicht in den allgemeinen Thatbestand, welcher ja nur eine Abstraction aus jenen ist, in seiner Allgemeinheit gehören.

Man wende nicht ein, daß dieses ein bloß äußerer und scheinbarer Grund sei, und daß Zurechnungsfähigkeit

---

1) Nur bei dem Verbrechen der Tödtung finde ich, daß Wächter, a. a. O. §. 163. unter dem subjectiven Thatbestande auch das Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit mit anführt. Da indessen dieses Erforderniß bei dem Thatbestande der übrigen Verbrechen nicht vorkommt, so scheint es mehr zufällig zu sein, daß seiner hier ausdrückliche Erwähnung gethan ist. Auch Hefftter, a. a. O. §. 229. bemerkt bei der Tödtung ausdrücklich, daß dieselbe nicht verbrecherisch und strafbar sei, wenn Gründe der Zurechnungslosigkeit vorhanden seien, ohne daß ein Grund einzusehen wäre, aus welchem dieses gerade hier ausdrücklich und nicht auch bei den anderen Verbrechen angeführt wird.

2) Daß die Strafbarkeit von Niemanden zu dem besonderen Thatbestande eines Verbrechens gerechnet werde, ergiebt sich aus einer auch nur oberflächlichen Betrachtung der Lehrbücher. Denn wie ein Verbrechen zu bestrafen sei, wird von Allen erst angegeben nach bereits vorausgeschickter Angabe des Thatbestandes.

Digitized by Google

und Strafbarkeit bloß aus dem Grunde in dem besonderen Thatbestande der einzelnen Verbrechen nicht ausdrücklich aufgeführt seien, weil sich das von selbst verstehe und es überflüssig sein würde, bei den einzelnen Verbrechen im Besonderen zu wiederholen, was für jedes derselben gelte und deßwegen in seiner Allgemeinheit im allgemeinen Theile vorausgeschickt sei [1]). Denn es folgt auch aus der Natur der Sache, und aus dem inneren Wesen der Begriffe von Verbrechen, Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit, daß die beiden letzteren nicht zu dem ersteren gehören und namentlich keine Bestandtheile desselben ausmachen können.

Es liegt zwar nicht in meinem Plane, die Lehre von der Zurechnung näher zu erörtern, da sich diese Abhandlung mit dem Thatbestande des Verbrechens in der Bedeutung, daß der allgemeine Begriff des Verbrechens darin enthalten sei, beschäftigen soll. Und zu dem Thatbestande in diesem Sinne kann ja, wie gegenwärtig behauptet und zu beweisen versucht wird, die Zurechnungsfähigkeit nicht gehören. Indessen muß an diesem Orte über das Wesen derselben wenigstens so viel erinnert werden, daß die Ausschließung der Zurechnungsfähigkeit von dem Thatbestande gerechtfertigt werden könne. Es ist aber zu diesem Zwecke nicht nothwendig, auf die bestrittene Frage über die eigentliche Grundlage einzugehen, auf welcher alle Zurechnung beruhet. Es genügt vielmehr, die Zurechnung bloß nach ihrem Gegenstande und nach ihrem Zwecke zu betrachten.

Fragt man zuvörderst nach dem Gegenstande der Zurechnung, so kann die Antwort kaum eine andere sein, als

1) Aehnliches findet sich bei Wächter, a. a. O. §. 162. Note 20.

daß es das Verbrechen sei, was zugerechnet werde. Die Rechtslehrer scheinen darüber einverstanden zu sein. Nach Grolman ist Zurechnung das Urtheil, daß eine bestimmte That in der Willkür (Freiheit) des Subjectes ihre Ursache finde [1]); Feuerbach sagt, die Beziehung einer (objectiv) strafbaren That als Wirkung auf eine dem Strafgesetze widersprechende Willensbestimmung des Thäters, als Ursache derselben, heiße Zurechnung, und der Zustand einer Person, vermöge welches ihr eine That zugerechnet werden könne, die Zurechnungsfähigkeit [2]); Martin lehrt, juristische Zurechnung sei die Erklärung, eine bestimmte Person sei die willkürliche Ursache eines bestimmten Thuns oder Unterlassens [3]); Hefftter setzt die subjective Voraussetzung des Verbrechens darein, daß das rechtswidrige Handeln dem Menschen als in seiner eigenen äußeren Thätigkeit oder Nichtthätigkeit begründet, zugleich aber auch als oder zur Schuld müsse zugerechnet werden [4]); Mittermaier erklärt die Zurechnung im criminalrechtlichen Sinne für das Urtheil, daß eine eines Verbrechens beschuldigte Person zur Zeit ihrer Handlung sich in einem Willensstande befunden habe, in welchem sie für das verübte Verbrechen verantwortlich gemacht und mit Strafe belegt werden könne [5]).

Wenn auch einige der genannten Rechtslehrer nicht ausdrücklich, wie von Feuerbach und Mittermaier geschieht, eine strafbare That oder ein Verbrechen, son-

1) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, §. 40.
2) Lehrbuch, §. 84.
3) Lehrbuch, §. 31.
4) Lehrbuch, §. 46.
5) In der Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch, Note zu §. 84.

Digitized by Google

dern wenn sie nur im Allgemeinen menschliches Thun oder Unterlassen als Gegenstand der Zurechnung bezeichnen, so haben sie doch auf jeden Fall verbrecherisches Thun oder Unterlassen darunter verstanden. Denn bei Handlungen, welche den Character des Verbrecherischen nicht an sich tragen, ist gar keine Veranlassung vorhanden, das Urtheil der Zurechnung anzustellen, so daß dieselben auch keinen Gegenstand der criminalen Zurechnung bilden können.

Nur Abegg scheint einiger Maßen abzuweichen. Nach seiner Darstellung ist Zurechnung die Anerkennung, daß ein äußerlich hervortretender Erfolg die Wirkung der Handlung eines Menschen sei, oder, auf gesetzwidrige Erscheinungen angewendet, das Urtheil, daß diese in dem Wissen und Wollen des Subjectes ihren Grund haben. Derjenige, dem die Zurechnung fehle, handele nicht, und man dürfe nicht sagen, sein Verbrechen sei wegen dieses Mangels straflos, sondern sein Benehmen, auch wenn es einen Erfolg habe, dessen Hervorbringung durch den Willen das Gesetz an dem Schuldigen strafe, sei kein Verbrechen[1]). Indessen ist die Abweichung wohl nur eine scheinbare und zunächst durch die Wahl des Ausdruckes begründet[2]). Will man, wogegen an und für sich

1) Lehrbuch, §. 78 und 79.

2) Nur stimmt der Sprachgebrauch der Gesetze und des gemeinen Lebens damit nicht überein. Denn die Gesetze bedienen sich derselben Ausdrücke, mag ein Erfolg von einem zurechnungsfähigen oder von einem unzurechnungsfähigen Menschen hervorgebracht worden sein. Z. B. l. 12. D. 48. 8: „Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur.“ verglichen mit l. 1. pr. eod.: „lege Cornelia de sicariis et veneficiis tenetur, qui hominem occiderit.“ Ebenso spricht die Carolina Art. 179. von Uebelthaten, die von Solchen began-

Digitized by Google

Nichts einzuwenden ist, zwischen dem Handeln des Menschen und seinem Benehmen unterscheiden, und sich des Ausdruckes Handlung nur für das zuzurechnende Thun und des Ausdruckes Verbrechen nur für die verbrecherische Handlung, in diesem Sinne, bedienen, so kann das Verbrechen allerdings nicht Gegenstand der Zurechnung sein, weil es nach dieser Ausdrucksweise erst als Resultat aus derselben hervorgehet [1]). Allein auf jeden Fall bildet alsdann den Gegenstand der Zurechnung das verbrecherische Benehmen, womit Nichts Anderes gemeint sein kann, als was Andere

---

gen werden, die der Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halber ihre Sinne nicht haben, wie auch die Zurechnungsunfähigen in diesem Falle Uebelthäter genannt werden. Uebelthat ist aber in der Carolina ein allgemeiner Ausdruck für Verbrechen. Vergl. Art. 104. Auch im gemeinen Leben sagt man häufig, daß dem Verbrecher seine Handlung nicht zugerechnet werden könne.

1) Uebrigens beobachtet Abegg a. a. O. in seinen Ausdrücken nicht ganz die Genauigkeit, die erforderlich ist, um jedes Mißverständniß zu verhüten. Wenn er §. 78. a. E. sagt, in dem Begriffe der Handlung sei nothwendig die Zurechnung enthalten, und wenn er alsdann §. 79. fortfährt, Zurechnung sei die Anerkennung oder das Urtheil, daß die That eine Handlung sei, so sieht das einem Widerspruche ähnlich. Denn wenn Zurechnung das Urtheil ist, daß die That eine Handlung sei, so kann in dieser die Zurechnung offenbar nicht liegen, da sonst in der Handlung zugleich das Urtheil über sich selbst enthalten sein würde. In dem Begriffe der Handlung kann aber natürlich Nichts enthalten sein, als was einen Bestandtheil derselben bildet und von dem Handelnden ausgehet. Das Urtheil aber, in welchem nach §. 79. die Zurechnung bestehen soll, ist kein Bestandtheil der Handlung, da es nicht von dem Handelnden, sondern von einem Dritten, dem Richter nämlich, über die Handlung ausgehet. Abegg hat wohl die Zurechnung mit der Voraussetzung und Bedingung derselben, der Zurechnungsfähigkeit, verwechselt.

Digitized by Google

das Verbrechen oder die verbrecherische Handlung nennen. Abegg selbst bezeichnet als den Gegenstand der Zurechnung die gesetzwidrige Erscheinung, und zwar, wie man annehmen muß, da von der criminalen Zurechnung die Rede ist, die strafgesetzwidrige Erscheinung. Diese kann aber, da die Strafgesetze sich nicht auf gewisse Erscheinungen an und für sich, sondern nur in sofern auf dieselben beziehen, als sie durch eine strafbare Handlung hervorgebracht waren, nur in einer durch eine entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachten Wirkung bestehen. Folglich bildet diese auch nach der Lehre von Abegg den Gegenstand der Zurechnung.

Daraus folgt aber nothwendig, daß die rechtswidrige Handlung oder die gesetzwidrige Erscheinung, oder, um es noch ein Mal zu wiederholen, die durch eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachte verbrecherische Erscheinung etwas von der Zurechnung durchaus Gesondertes ist. Denn diese ist Nichts als ein Urtheil, welches in Beziehung auf jene abgegeben wird. Dieses Urtheil sagt Nichts Anderes, als daß die Person, welche des Verbrechens beschuldigt und überführt ist, sich in zurechnungsfähigem Zustande befunden habe. Die Zurechnungsfähigkeit ist folglich die Grundlage, ohne welche das Urtheil der Zurechnung nicht Statt finden kann. In einer gewissen Hinsicht, in sofern nämlich durch dieses Urtheil ausgesprochen wird, daß der Angeschuldigte bei seiner That die Zurechnungsfähigkeit gehabt habe, läßt sich freilich auch sagen, daß die Zurechnungsfähigkeit den Gegenstand der Zurechnung bilde. Allein es ist einleuchtend, daß sie, die Zurechnungsfähigkeit, hier in einem ganz anderen Sinne, als das Verbrechen, Gegenstand der Zurechnung genannt wird. Denn dieses ist in sofern Gegenstand

Digitized by Google

derselben, als es das Object ist, welches zugerechnet wird, während man doch sicherlich nicht sagen kann, daß dem Angeschuldigten seine Zurechnungsfähigkeit zugerechnet werde.

Auf keinen Fall kann daher die Zurechnungsfähigkeit mit zu dem gehören, was zugerechnet wird. Es kann aber Nichts Anderes zugerechnet werden, als die verbrecherische, durch eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachte Erscheinung. Diese ist es, welche allein das Verbrechen im Allgemeinen und den allgemeinen Thatbestand desselben bilden kann. Denn wenn es wahr ist, daß das Verbrechen im Allgemeinen nicht anders, als in der Form eines einzelnen besonderen Verbrechens in die Erscheinung treten kann, und wenn auf der anderen Seite zu dem Verbrechen im Allgemeinen Nichts gehören kann, als was sich bei jedem besonderen Verbrechen in einer bestimmten Form oder Gestaltung wieder findet, so werden in den allgemeinen Thatbestand auch nur solche Bestandtheile oder Merkmale gehören können, welche nirgends in ihrer Allgemeinheit, aber bei jedem Verbrechen in einer besonderen Form vorkommen. Das ist nun zwar mit der äußeren Erscheinung des Verbrechens, mit der Rechtswidrigkeit, dem Doldsen oder Culposen der Handlung, durch welche dieselbe hervorgebracht worden, nicht aber mit der Zurechnungsfähigkeit der Fall. Denn die äußere Erscheinung ist bei jedem besonderen Verbrechen verschieden, bei der Tödtung eine andere, als bei dem Diebstahle u. s. w.; ebenso ist die Rechtswidrigkeit der Handlung, durch welche die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht worden, bei jedem Verbrechen verschieden, indem es eine andere Rechtswidrigkeit ist, einen Menschen zu tödten, und eine andere, denselben zu bestehlen u. s. w.; in derselben Weise endlich sind dolus und culpa bei jedem

Digitized by Google

Verbrechen verschieden, indem der dolus bei dem Mörder in dem animus occidendi, bei dem Diebe in dem animus lucri faciendi bestehet u. s. w. Die Zurechnungsfähigkeit aber ist bei allen Verbrechen dieselbe; sie ist Nichts, als ein Zustand, in welchem der Mensch sich befindet, und zwar, sowohl wenn er Verbrechen, als wenn er erlaubte Handlungen begehet. Dieselbe kann daher Nichts dazu beitragen, dem Verbrechen seinen Character als Verbrechen zu verleihen, und kann mithin kein Merkmal desselben sein und ebenso wenig einen Bestandtheil des allgemeinen Thatbestandes bilden, wenn man unter diesem Ausdrucke den Inbegriff der zum Verbrechen im Allgemeinen gehörigen Merkmale verstehen will.

In der That kann sich die Sache nicht anders verhalten. Deßwegen hat auch, wie sich aus der obigen geschichtlichen Darstellung ergiebt, die Praxis von jeher die Zurechnungsfähigkeit von dem Thatbestande ausschließen müssen. Denn die Zurechnungsfähigkeit eines Menschen kann gar nicht in Frage kommen und zu dem Urtheile der Zurechnung gar keine Veranlassung vorliegen, wenn nicht zuvor ausgemacht ist, daß von der Person, welcher zugerechnet werden soll, ein Verbrechen begangen worden war. Es kann aber von der bestimmten Person gar nicht ausgemacht werden, daß sie ein Verbrechen begangen habe, bevor nicht gewiß ist, daß das Verbrechen wirklich verübt worden. Daher verlangten die Practiker immer die Gewißheit des corpus delicti, ehe überhaupt zur Inquisition, ohne welche ja auch die Zurechnung nicht Statt finden konnte, geschritten werden dürfe.

Auch wenn man den Zweck bedenken will, zu welchem die Zurechnung vorgenommen wird, muß man zu dem Resultate kommen, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht zu den

Digitized by Google

Merkmalen gehöret, deren Inbegriff das Verbrechen bildet. Denn dieser Zweck ist kein anderer, als den Angeschuldigten für schuldig zu erklären, so daß er criminalrechtlich verantwortlich gemacht und zur Strafe gezogen werden könne [1]). Fragt man nun, was es sei, dessen Jemand durch die Zurechnung für schuldig erklärt werde, und weßwegen er gestraft werden solle, so kann die Antwort auf keinen Fall sein, daß Jemand seiner Zurechnungsfähigkeit für schuldig erklärt und für diese bestraft werde. Denn diese ist ja nur ein Zustand, dessen Besitz, da sich der Mensch ohne sein Zuthun in demselben befindet, Niemandem zur Schuld gereichen kann. Schuldig und strafbar und überhaupt rechtlich verantwortlich kann vielmehr der Mensch nur werden für sein Thun oder Unterlassen und für die Wirkungen, welche aus diesem hervorgehen. Daher kann denn, da es auf jeden Fall das Verbrechen ist, dessen Jemand durch die Zurechnung für schuldig erklärt werden soll, dieses selbst nur aus menschlichem Thun oder Unterlassen und einer durch dasselbe hervorgebrachten Wirkung, nicht aber aus der Zurechnungsfähigkeit, welche ja nur ein Zustand ist, bestehen.

Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß durch das Bisherige der Lehre von der Zurechnung und Zurechnungsfähigkeit Nichts von der Wichtigkeit abgesprochen werden soll, welche sie im Criminalrechte einnimmt. Wenn ohne Schuld keine Strafe verhängt werden kann und wenn über die Schuld eben durch das Urtheil der Zurechnung entschieden wird, so erscheint die Zurechnungsfähigkeit, welche ja die Voraussetzung der Zurechnung ist, als die noth-

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 84. Wächter, a. a. O. §. 66. Note 24. Heffter, a. a. O. §. 47.

Digitized by Google

wendige Vorbedingung für jede Bestrafung. Und da Bestrafung Nichts Anderes ist, als Anwendung des Strafgesetzes auf den einzelnen Fall, so folgt, daß dasselbe nur auf zurechnungsfähige Menschen angewendet werden und auch nur für diese berechnet sein kann. Es hat nur behauptet werden sollen, daß die Zurechnungsfähigkeit und das Urtheil, durch welches ausgesprochen wird, daß der Mensch, als er die verbrecherische Erscheinung durch eine rechtswidrige dolose oder culpose Handlung hervorbrachte, zurechnungsfähig gewesen sei, die Zurechnung, nicht mit zu dieser Erscheinung selbst gehören, keinen Bestandtheil derselben ausmachen könne. Will man sich des Ausdruckes Verbrechen nur in dem Falle bedienen, da Strafe verhängt werden kann, so giebt es allerdings ohne Zurechnungsfähigkeit kein Verbrechen. Aber die Zurechnungsfähigkeit würde alsdann immer nur eine Bedingung oder Voraussetzung des Verbrechens, kein Bestandtheil oder Merkmal desselben sein können, in derselben Weise, als es kein Verbrechen giebt ohne einen Menschen als die Ursache desselben, ohne daß man deßwegen sagen könnte, der Mensch oder das Menschsein sei ein Bestandtheil oder Merkmal des Verbrechens. Auf jeden Fall muß sich das richterliche Urtheil zu einer anderen Zeit auf die Rechtswidrigkeit, den dolus oder die culpa, durch welche die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht worden, als auf die Zurechnungsfähigkeit erstrecken, da zu dem Urtheil über diese erst Veranlassung vorliegen kann, nachdem es ausgemacht ist, daß jene vorhanden seien. Wie aber beide, weil sie der Natur der Sache nach geschieden sind, zu verschiedener Zeit in das menschliche Urtheil fallen, so müssen sie auch in der wissenschaftlichen Darstellung auseinander gehalten werden; die Zurechnungsfähigkeit und die Zurechnung müssen

Digitized by Google

ihre Stelle im Systeme später erhalten, als dolus und culpa, welche zugerechnet werden, und auf keinen Fall kann dolus und culpa mit der Zurechnungsfähigkeit zu einem Ganzen unter der Benennung allgemeiner Thatbestand vereinigt werden, wenn unter diesem Ausdruck der Inbegriff dessen verstanden werden soll, wodurch das Verbrechen seinen Character als Verbrechen erhält.

Ebenso wenig als die Zurechnungsfähigkeit kann das Merkmal der Strafbarkeit in den Begriff des Verbrechens gehören und einen Bestandtheil des allgemeinen Thatbestandes ausmachen. Es folgt dieses zum Theil schon aus den bisherigen Bemerkungen. Denn das Verbrechen kann nur aus menschlichem Thun oder Unterlassen und der durch dasselbe hervorgebrachten Wirkung bestehen, und nur dieses kann dem Menschen zu seiner Schuld zugerechnet werden [1]). Auch würde man, in sofern man nach dem Grunde und dem Gegenstande der Strafbarkeit fragt, in einen unauflöslichen Cirkel gerathen, wenn man dieselbe mit in den Thatbestand des Verbrechens aufnehmen wollte. Denn man würde alsdann zu dem Resultate kommen, daß der Gesetzgeber gewisse Handlungen für strafbar erklärt habe, weil sie strafbar seien, und daß das Strafbare der Gegenstand der Strafbarkeit sei. Der Grund der Strafbarkeit muß vielmehr schon vor ihr selbst vorhanden gewesen sein; mit anderen Worten: die menschliche Handlung kann nicht aus dem Grunde strafbar sein, weil der Gesetzgeber in einem Strafgesetze ihre Strafbarkeit ausgesprochen hatte, sondern vielmehr, der Gesetzgeber hat die Handlung für strafbar erklärt, weil sie Eigenschaften an sich trägt, welche ihm die Strafbedrohung nothwendig zu machen schienen. Außer-

1) S. oben S. 58.

Digitized by Google

dem würde es ja der Gesetzgeber und nicht der Verbrecher sein, in welchem die Ursache der Verbrechen läge, und man könnte kein untrüglicheres Mittel anwenden, alle Verbrechen für die Zukunft zu verhüthen, als wenn man alle Strafgesetze für aufgehoben erklärte Die menschliche Handlung ist also strafbar nur aus dem Grunde, weil sie gewisse Eigenschaften an sich trägt, woraus von selbst folgt, daß die Strafbarkeit selbst nicht mit unter diese Eigenschaften gehören kann. Was es für Eigenschaften seien, auf deren bei einer Handlung zusammentreffendes Vorkommen der Gesetzgeber Strafe gesetzt hat, läßt sich zwar nur aus der Gesetzgebung selbst erkennen[1]): allein auf keinen Fall kann das Begründete, nämlich die in dem Strafgesetze ausgesprochene Strafbarkeit, mit zu seinem Grunde, nämlich dem Inbegriffe der Merkmale oder Eigenschaften, auf welche sich das Strafgesetz beziehet, gehören. Es bleibt zwar deßwegen richtig, daß es ohne Strafgesetz kein Verbrechen gebe, und daß ein Verbrechen die strafbare, d. h. die mit Strafe bedrohete menschliche Handlung oder Unterlassung sei; allein das kann nicht so verstanden werden, als ob das Strafgesetz die Quelle des Verbrechens sei, und als ob die Handlung aus dem Grunde Verbrechen sei, weil sie strafbar sei, sondern nur in dem Sinne, daß der Gesetzgeber andere, als in seinen Strafgesetzen bezeichnete Handlungen nicht für Verbrechen gehalten und deßwegen nicht für strafbar erklärt habe. Mit einem Worte, von dem Standpuncte des Gesetzgebers aus war die Handlung schon Verbrechen, oder trug sie wenigstens alle Merkmale, deren In-

1) Vergl., was oben S. 65 ff. über die Weise bemerkt worden ist, auf welche der allgemeine Begriff des Verbrechens gewonnen werden muß.

Digitized by Google

begriff das Verbrechen bildet, an sich, ehe er dieselbe für strafbar erklärte, weil eben nur in jenem Inbegriffe der Grund für ihn liegen konnte, die Strafbedrohung und die Strafbarkeit auszusprechen; für den Standpunct des richterlichen Urtheiles aber und der wissenschaftlichen Darstellung kann kein anderer Begriff des Verbrechens gelten, als welcher dem Gesetzgeber vorschwebte. Deßwegen kann auch hier das Merkmal der Strafbarkeit in den Begriff und Thatbestand des Verbrechens nicht mit aufgenommen werden.

Es handelt sich aber bei der Frage, ob Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit mit in den allgemeinen Thatbestand aufzunehmen seien, oder nicht, keines Weges bloß um die richtigere Methode und zweckmäßigere systematische Anordnung der wissenschaftlichen Darstellung. Vielmehr ist es auch für die richtige Auffassung der Begriffe von Zurechnungsfähigkeit, Strafbarkeit, Verbrechen und der einzelnen in diesem liegenden Bestandtheile von dem wesentlichsten Einflusse, ob man sich in bejahender oder verneinender Weise über diese Frage entscheidet. Denn wenn man die Zurechnungsfähigkeit und die Strafbarkeit mit in den Begriff des Verbrechens aufnimmt, wohin sie nicht gehören, so erhält man natürlich diesen Begriff nicht in der Reinheit, welche zu einem richtigen Auffassen unerläßlich ist. Ebenso muß der Begriff von Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit, wegen der ungehörigen Beziehung, in die sie gesetzt werden, durch dieses Verfahren nothwendiger Weise getrübt werden. Mit unrichtigen Begriffen werden sich aber auch für die Praxis keine haltbaren Resultate gewinnen lassen können. Daß nun in der That dieses der Fall sei, und daß sich durch Aufnahme der Zurechnungsfähigkeit und der Strafbarkeit unter die Merkmale oder Bestandtheile des Verbrechens mannichfache Irrthümer eingeschlichen

Digitized by Google

haben, welche, wenn die Praxis dieselben consequent durchführen und anwenden wollte, zu Resultaten führen würden, die dem Willen der Gesetze und der Natur der Sache widersprächen, wird sich aus der folgenden Abhandlung mehrfach ergeben. Nur um es schon hier anschaulich und durch Hindeutung auf die practischen Consequenzen zu rechtfertigen, daß es in dem Bisherigen so ausführlich besprochen worden, ob die Zurechnungsfähigkeit und die Strafbarkeit in den Thatbestand gehören, oder nicht, mögen einige Bemerkungen hinzugefügt werden.

Abegg sagt [1]), die Zurechnung zur Strafe sei Nichts Anderes, als die zum Verbrechen, dessen Urheber natürlich bekannt sein müsse. Ihm werde die Handlung dann bestimmter zum dolus oder zur culpa unmittelbar oder mittelbar zugerechnet, da auch bei der culposen Uebertretung, die eine Schuld sei, die Bedingungen der Handlung — Wille und Zurechnung — vorhanden seien. Darum habe auch die Lehre von dolus und culpa hier (bei der Lehre von der Zurechnung) ihre Stelle im Systeme, und eine abgesonderte Darstellung sei doppelt unrichtig, wenn vollends erst von dolus und culpa und dann später, oft an einer weit entfernteren Stelle, von der Zurechnung, dem Willen, der die Grundlage und Quelle sei, gehandelt werde.

Dieser Vorwurf trifft zum Theil Wächter [2]), Hefftter [3]) und Andere, welche der Lehre von der Zurechnung zwar nicht eine spätere, aber doch eine andere Stelle an-

1) Lehrbuch, §. 79.

2) Die Lehre von der Zurechnung ist in §. 66 ff., von dolus und culpa aber erst §. 78 ff. behandelt.

3) Mit der Zurechnung beschäftigt sich §. 47 ff., mit dolus und culpa aber erst §. 64 ff.

Digitized by Google

gewiesen haben, als der Lehre von dolus und culpa; vorzüglich aber werden Kleinschrod[1]) und Feuerbach[2]) von diesem Vorwurfe getroffen, welche in der That, was Abegg für doppelt unrichtig erklärt, die Lehre von dolus und culpa früher, als die Lehre von der Zurechnung abhandeln.

Allein daß dieser Vorwurf ungegründet sei, ergiebt sich aus dem Bisherigen. Denn zu dem Urtheile der Zurechnung ist erst Veranlassung vorhanden, wenn eine entweder dolose oder culpose Handlung vorliegt und es in Frage kommt, ob dieselbe in zurechnungsfähigem Zustande verübt worden sei[3]). Die Zurechnung in der Bedeutung von Urtheil über die Zurechnungsfähigkeit kann daher offenbar nicht Grundlage und Quelle von dolus und culpa sein. Allein auch in dem Sinne, in welchem Abegg hier das Wort zu nehmen scheint, daß es nämlich die Zurechnungsfähigkeit selbst, oder das Wissen und Wollen bedeute, kann die Zurechnung nicht für die Grundlage und Quelle von dolus und culpa angesehen werden. Denn alsdann wäre immer schon über die Zurechnungsfähigkeit entschieden, wenn nur ausgemacht wäre, daß Jemand eine entweder dolose oder culpose Handlung begangen habe, so daß es überflüssig würde, noch ein besonderes Urtheil der Zurechnung anzustellen. In jedem Falle gelangt man daher, mag man die Zurechnung in dem einen oder in dem anderen Sinne nehmen, wenn man sie als die Grundlage

1) Indem er in seiner systematischen Entwickelung der Lehre von dolus und culpa das zweite Capitel, §. 14 ff., und der Lehre von der Zurechnung das vierte Capitel, §. 43 ff. angewiesen hat.

2) Indem er §. 54 ff. die Lehre von dolus und culpa, §. 84 ff. dagegen erst die Lehre von der Zurechnung entwickelt.

3) S. oben S. 82.

Digitized by Google

und Quelle von dolus und culpa betrachtet, zu Consequenzen, deren Unhaltbarkeit von selbst einleuchtet. Denn wenn durch die Zurechnung, in dem Sinne von Urtheil genommen, erst entschieden werden soll, daß dolos oder culpos gehandelt worden sei, so brauchte der Beweis von dolus oder culpa, ehe man dazu schritte, Jemanden dem Zurechnungsurtheile zu unterwerfen, noch nicht hergestellt zu sein. Da aber alle Zurechnung der Natur der Sache nach nicht anders als in Beziehung auf einen bestimmten Menschen vorgenommen werden kann [1]), so würde daraus folgen, daß die Specialinquisition gegen einen Menschen verhängt werden könne, ehe nur überhaupt ausgemacht wäre, ob wirklich ein Verbrechen verübt worden, oder nicht. Denn es giebt kein Verbrechen ohne dolus oder culpa, deren Dasein nach jener Lehre erst durch die Zurechnung, welche nicht ohne Specialinquisition möglich ist, hergestellt werden könnte. Dieses Resultat aber ist ebenso sehr den positiven Gesetzen, als der Natur der Sache zuwider [2]), und folglich kann jene Ansicht von der Zurechnung, von welcher es nur eine Consequenz ist, ebenfalls nicht in den Gesetzen und in der Natur der Sache gegründet sein.

Zu einem nicht minder unhaltbaren Resultate würde man kommen, wenn man die Zurechnung in der Bedeutung von Zurechnungsfähigkeit für die Grundlage und Quelle von dolus und culpa nehmen wollte. Denn es würde daraus folgen, daß die Zurechnungsfähigkeit immer bewiesen wäre, sowie dolus und culpa bewiesen wären, indem alsdann diese ohne jene gar nicht würden vorkommen können. Wie gefährlich aber dieses Resultat sein würde,

1) S. oben S. 54.
2) S. oben S. 6 ff.

Digitized by Google

braucht kaum bemerkt zu werden. Denn es fehlt nicht an Beispielen, da mit wirklichem dolus getödtet, Feuer gelegt oder gestohlen worden war, und dennoch wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit gerechter Weise keine Strafe verhängt werden konnte.

Außerdem sind noch andere Unrichtigkeiten daraus hervorgegangen, daß man die Zurechnungsfähigkeit als einen Bestandtheil oder als ein Merkmal des Verbrechens betrachtete, und namentlich mit dolus und culpa in ungehörige Verbindung brachte. Weil nämlich dem Unzurechnungsfähigen seine That nicht zu Schuld und Strafe zugerechnet werden kann, und weil ebenso wenig Jemand, der gar kein Verbrechen begangen, mit Strafe belegt werden kann, so verwechselte man die Gründe, aus welchen in beiden Fällen Strafloſigkeit eintrat, mit einander, indem man die Strafloſigkeit wegen mangelnden Verbrechens mit der Strafloſigkeit wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit zuſammen vermengte [1]). Um nur beiſpielsweiſe Einiges ſchon hier davon anzuführen, ſo rechnete man es unter die Gründe der Zurechnungsloſigkeit, d. h. der aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit, wenn Jemand bloß in Folge äußerer Gewalt [2]) das Mittel wurde, eine rechtswidrige Erſcheinung

---

1) Auch Abegg a. a. O. S. 145. bemerkt mit Recht, daß der Grund der Strafloſigkeit nicht immer in dem Mangel der Zurechnung liege.

2) So genannte vis absoluta rechnet man wohl allgemein zu den Gründen der Zurechnungsloſigkeit, z. B. Wächter, §. 68, Feuerbach, §. 89. Martin, §. 37. Heffter, §. 57. Abegg, §. 89. Wer aber bloß das Werkzeug in der Hand eines Anderen iſt, hat gar Nichts begangen, was ihm zugerechnet werden könnte. Seine Zurechnungsfähigkeit kommt alſo gar nicht in Frage, woraus von ſelbſt folgt, daß er ſtraflos iſt, nicht weil ihn der Rich-

Digitized by Google

hervorzubringen, oder wenn er auf verbindlichen Befehl [1]), oder im Nothstande [2]), oder aus entschuldbarem Irrthume [3]) gehandelt hatte, ohne zu bedenken, daß in diesen Fällen die Strafloſigkeit nicht eintritt wegen aufgehobener Zurechnungsfähigkeit, ſondern lediglich aus dem Grunde, weil in denſelben gar Nichts vorliegt, was zugerechnet werden könnte. Darunter mußte aber die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit und der Zurechnung nothwendiger Weiſe leiden. Denn die Gegenſätze dieſer vermeintlichen Gründe der Zurechnungsloſigkeit mußte man alsdann conſequenter Weiſe für Zuſtände der Zurechnungsfähigkeit und Gründe der Zurechnung nehmen, was ſie nicht ſind, wodurch natürlich der Lehre von der Zurechnung eine zum Theil unrichtige Grundlage gegeben wurde. Vielmehr kann von Gründen der Zurechnungsloſigkeit nur alsdann die Rede ſein, wenn an und für ſich etwas vorliegt, das zugerechnet werden kann, deſſen Zurechnung aber eben aus jenen Gründen hinwegfällt. Daraus folgt aber nothwendig, daß alle Gründe, durch welche das Daſein oder die Möglichkeit eines Verbrechens ausgeſchloſſen wird, juriſtiſch nicht als Gründe der Zurechnungsloſigkeit, und ebenſo wenig ihre Gegenſätze als Gründe der Zurechnung angeſehen werden können [4]).

---

ter für unzurechnungsfähig erkennet, ſondern weil er ihm Nichts zuzurechnen hat. Durch den Sprachgebrauch unſerer Geſetze wird dieſes beſtätigt, z. B. l. 39. D. 48. 5: „vim passam mulierem in legem Juliam de adulteriis non commisisse respondi“ vergl. mit l. 13. §. 7. eod. und l. 20. C. 9. 9.

1) Heffter, §. 57.

2) Heffter a. a. O.

3) Heffter, §. 54. Wächter, §. 73. Martin, §. 40.

4) Unter die Gründe, welche das Daſein eines Verbrechens

Der Grund dieser Verwechselung mag zum Theil mit in der doppelten Bedeutung liegen, in welcher man das Wort Zurechnung, imputatio, gebrauchen kann und zu gebrauchen pflegt. Man unterscheidet zwischen Zurechnung der That, imputatio facti, und Zurechnung zur Strafe, imputatio juris, und verstehet unter der ersteren das Urtheil, daß eine bestimmte Person die verbrecherische Handlung verübt habe, unter der letzteren das Urtheil, daß sich diese Person in zurechnungsfähigem Zustande befunden habe [1]). Nur die imputatio juris ist aber die Zurechnung in der eigentlichen Bedeutung, von welcher in dem Bisherigen die Rede gewesen und behauptet worden ist, daß ihre Bedingung und Grundlage, die Zurechnungsfähigkeit nämlich, nicht mit zu dem Begriffe und Thatbestande des Verbrechens gehöre. Der imputatio juris muß natürlich die

---

aufheben und folglich nicht Gründe der Zurechnungslosigkeit sein können, gehören vorzüglich diejenigen, welche das Dasein von dolus und culpa ausschließen. Ein Zustand, in welchem es nach der Natur der Sache oder nach der Annahme unserer Gesetze nicht möglich ist, dolus oder culpa zu haben, ist daher kein Grund der Zurechnungslosigkeit, sondern ein Umstand, der verhindert, daß die Zurechnungsfähigkeit überhaupt in Frage kommen kann. Der Ausdruck doli, culpae oder injuriae capax bedeutet deßwegen nicht soviel als zurechnungsfähig (l. 5. §. 2. D. 9. 2. l. 23. D. 47. 2.), sondern Nichts Anderes, als fähig, dolus oder culpa zu haben. Ein doli non capax kann z. B. kein furtum begehen, weil eben dieses Verbrechen dolus erfordert. Wenn er wegen Diebstahls nicht gestraft werden kann, so geschiehet dieses nicht wegen seiner Zurechnungsunfähigkeit, sondern weil er gar keinen Diebstahl begangen hatte. — Daß es aber hier nicht auf eine bloße Wortspielerei abgesehen ist, wird sich weiter unten, aus dem dritten Capitel dieser Abhandlung ergeben.

1) Stübel über den Thatbestand §. 19.

imputatio facti vorausgegangen sein, weil sonst für jene gar kein Gegenstand vorhanden wäre. Beide sind also ganz verschiedene Urtheile, für welche man sich desselben Ausdruckes Zurechnung bedient. Die Grundlage der imputatio facti ist der Thatbestand des Verbrechens, und ihr Wesen bestehet eben darin, denselben einem bestimmten Menschen zuzuschreiben, indem der Inhalt dieses Urtheiles kein anderer ist, als daß dieser Mensch durch seine rechtswidrige Handlung, durch seinen dolus oder durch seine culpa die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht habe. Diese Zurechnung fällt natürlich hinweg, wenn es an ihrer Grundlage gebricht, d. h. wenn eins der Merkmale fehlt, welche zu dem allgemeinen Thatbestande des Verbrechens gehören. Alsdann ist gar kein Verbrechen vorhanden, und in sofern ist allerdings jeder Grund, durch welchen die Handlung aufhört, eine dolose oder culpose zu sein, ein Grund, durch welchen Zurechnung aufgehoben wird. Allein es ist alsdann nur die Rede von der imputatio facti, nicht von der imputatio juris, und die Folge davon ist, daß die eigentliche Zurechnung, die zur Strafe, gar nicht in Frage kommt. Man kann deßwegen zwar von Zurechnung zum dolus oder zur culpa sprechen, je nachdem das Urtheil dahin ausfällt, daß die Erscheinung durch die dolose oder durch die culpose Handlung eines Menschen hervorgebracht worden sei; aber es ist hier ebenfalls nur die Zurechnung zur That, nicht die zur Strafe gemeint. Denn diese tritt erst ein, nachdem jene Statt gefunden hat, woraus von selbst folgt, daß die Zurechnung zum dolus oder zur culpa nicht Unterarten der Zurechnung zur Strafe sein können. In der That kann ja die Zurechnungsfähigkeit, welche die Grundlage der Zurechnung zur Strafe ist, nur eine und dieselbe sein, und deßwegen

Digitized by Google

unmöglich das Theilungsprincip bilden, nach welchem die Zurechnung in die zum dolus und die zur culpa zerfällt. Die Zurechnung zur Strafe kann nur verschieden sein, je nachdem die Gegenstände verschieden sind, auf welche dieses Urtheil erstreckt wird, und eben danach kann auch die Verschuldung (reatus) [1]), welche durch dieses Urtheil ausgesprochen wird, in verschiedene Gattungen zerfallen. Diese Gegenstände sind aber entweder die dolose Handlung, oder die culpose Handlung, und danach ist die Verschuldung entweder die des dolus oder die der culpa. Daraus folgt aber, daß diese Zurechnung nicht zum dolus oder zur culpa ist, so daß durch dieselbe ausgesprochen würde, es sei dolos oder culpos gehandelt worden [2]), sondern daß sie eine Zurechnung des dolus oder der culpa ist [3]), und deßwegen gar nicht eintreten kann, wenn diese aus irgend einem Grunde hinwegfallen. Aber die Gründe, aus welchen dolus und culpa hinwegfallen, sind alsdann nicht

---

1) In der Kunstsprache der Neueren, während in den Quellen dieses Wort so viel als Anklagezustand, Untersuchungsarrest, bezeichnet; z. B. l. 25. D. 48. 19. l. 3. §. 8. D. 48. 21.

2) So stellt die Sache dar Abegg, a. a. O. S. 78 ff.

3) Mit Recht sprechen daher Klein, Grundsätze des P. R. §. 116. und Kleinschrod, Systemat. Entwickelung §. 66 und 76. von der Zurechnung des bösen Vorsatzes und der culposen Handlungen. Der Letztere ist sich freilich nicht consequent, wenn er a. a. O. §. 43. sagt, Zurechnung sei das Urtheil, daß ein bestimmter Mensch der vorsätzliche oder culpose Urheber einer gesetzwidrigen Handlung sei. Denn wenn erst durch das Urtheil der Zurechnung festgestellt würde, daß Jemand der vorsätzliche oder culpose Urheber sei, so könnten ihm dolus und culpa nicht zugerechnet werden, oder wenigstens, die Zurechnung würde alsdann das Urtheil sein, daß Jemand der dolose oder culpose Urheber einer dolosen oder culposen Handlung sei.

Digitized by Google

Gründe der Zurechnungslosigkeit oder aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit, sondern Gründe, welche verhindern, daß überhaupt nach der Zurechnungsfähigkeit gefragt werden könne.

Wie in diesen Bemerkungen, welche aber erst in den folgenden Capiteln ihre weitere Erläuterung finden können, der hinlängliche Beweis liegt, daß es nicht allein in theoretischer Hinsicht, sondern auch in practischer Beziehung keines Weges gleichgültig ist, ob man die Zurechnungsfähigkeit in den allgemeinen Thatbestand mit aufnehme, oder nicht, so ist es auch in Ansehung des Merkmales der Strafbarkeit nicht schwer, nachzuweisen, daß die Aufnahme desselben in den allgemeinen Begriff des Verbrechens keine guten Folgen gehabt hat. Es ist eine Lehre, die sich fast in allen Compendien wieder findet, daß zum dolus auch das Bewußtsein der Strafbarkeit oder der Strafgesetzwidrigkeit gehöre, so daß, wer dieses Bewußtsein nicht gehabt habe, sich einer dolosen Handlung nicht schuldig mache [1]).

1) Z. B. Kleinschrod, a. a. O. §. 14: Dolus ist der Entschluß zu einer Handlung, deren Gesetzwidrigkeit man vollkommen und deutlich einsieht. Klein, a. a. O. §. 119: Zum Dolus werde erfordert 1) eine beabsichtigte böse Wirkung, 2) das Bewußtsein des Handelnden, daß die Wirkung gesetzwidrig sei. Feuerbach, a. a. O. §. 54: Dolus sei die Bestimmung des Willens zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens. Martin, a. a. O. §. 34: Dolus sei der Entschluß, einem Zwecke nachzustreben, welcher an und für sich oder doch um seiner Folgen willen strafbar und dem Menschen zur Zeit seines Entschlusses in solcher Eigenschaft bekannt war. Mittermaier, Note zu Feuerbach §. 54: Dolus sei der Entschluß zu einer als strafbar erkannten Handlung. Abegg, a. a. O. §. 83: Dolus sei der Entschluß zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolgs.

Digitized by Google

Diese Lehre scheint eine Consequenz davon zu sein, daß man sich das Merkmal der Strafbarkeit als in dem Begriffe des Verbrechens liegend dachte. Man konnte sich aber dabei nicht verhehlen, daß die positiven Gesetze damit nicht übereinstimmen [1]), sowie auch Niemandem entgehen konnte, daß diese Lehre in der Praxis verständiger Weise gar nicht angewendet werden konnte. Denn nach derselben würde der Verbrecher den Vorwurf des dolus alle Male von sich ablehnen können, durch die einfache Behauptung, daß er sich zur Zeit des Entschlusses oder der Handlung der Strafbarkeit gar nicht bewußt gewesen sei. Dieser Behauptung würde aber Glaube beigemessen werden müssen, da sie in einzelnen Fällen wirklich gegründet sein könnte und es in jedem Falle an processualischen Mitteln fehlen würde, das Gegentheil derselben zu beweisen [2]). Man war daher ge-

1) Z. B. l. 15. pr. D. 48. 10. l. 16. §. 5. D. 39. 4. l. 12. C. 1. 18.

2) Häufig fragen die Untersuchungsrichter den Inculpaten besonders, ob ihm die Strafbarkeit der Handlung, deren er beschuldigt, bekannt sei. Ich erinnere mich einer Untersuchung gegen einen Brandstifter, bei welcher einer der Artikel, über welchen der Inquisit im Hauptverhöre vernommen wurde, lautete: „Darf man Feuer anlegen?" und ein anderer: „Welche Strafe steht darauf, wenn man Feuer anlegt?" Der Inquirent, der wahrscheinlich das Bewußtsein der Strafbarkeit als ein Erforderniß des dolus betrachtete, hatte wohl die Absicht, durch diese Artikel den Beweis des dolus vollständig zu erhalten. Zufällig erreichte er seine Absicht wenigstens theilweise. Denn über den ersten Artikel gab der Inquisit zu vernehmen, daß es nicht erlaubt sei, weil Strafe darauf stehe. Zu dem anderen Artikel erklärte er freilich, nicht angeben zu können, welche Strafe darauf stehe, was ihm wohl um so eher geglaubt werden konnte, als es selbst dem rechtsgelehrten Richter oftmals Mühe genug kostet, die Strafe zu bestimmen. Aber gesetzt, der Inquisit hätte sich auf den ersten

Digitized by Google

nöthigt, um diese Lehre mit dem positiven Rechte und dem practischen Bedürfnisse in nothdürftige Uebereinstimmung zu bringen, über die Bedeutung und Anwendbarkeit derselben Grundsätze aufzustellen, durch welche sie selbst so gut wie gänzlich wieder aufgehoben wurde. Denn wenn Feuerbach[1]) lehrt, daß von jeder mit Verstand begabten Person als rechtlich gewiß angenommen werde, daß sie mit den Strafgesetzen bekannt sei, so hat er zwar allerdings dafür gesorgt, daß das Bewußtsein der Strafbarkeit im-

---

Artikel verneinend eingelassen und beharrlich erklärt, das Feueranlegen sei etwas Erlaubtes, und von ihm zur Zeit der That dafür gehalten worden. Ueber den letzten Punct, welche Ansicht nämlich der Inquisit zur Zeit der That über die Strafbarkeit gehabt habe, würde sich der Inquirent bei dessen Aussage haben beruhigen müssen; über den anderen Punct, nämlich die Strafbarkeit des Feueranlegens überhaupt, würde er ihn allerdings durch eine gehörige Argumentation haben aufklären können. Allein dieses später erlangte Bewußtsein von der Strafbarkeit könnte nicht rückwärts auf die Vergangenheit bezogen werden, so daß der Inquisit, der nur standhaft behauptete, sich zur Zeit der That der Strafbarkeit nicht bewußt gewesen zu sein, nicht als doloser Verbrecher erscheinen könnte, wenn es richtig wäre, daß das Bewußtsein der Strafbarkeit zum dolus gehöre.

1) Lehrbuch §. 86. Es leuchtet von selbst ein, daß eine solche Präsumtion der Bekanntschaft mit den Gesetzen unnatürlich und auch unserem positiven Rechte fremd ist. Die l. 12. C. 1. 18., auf welche sich Feuerbach beruft: „Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus", sagt nur, daß Jedermann die Gesetze kennen müsse und sich mit Unkenntniß derselben nicht entschuldigen könne, keines Weges aber, daß er dieselben in der That kenne. Auch sprechen viele Stellen, z. B. die S. 95. Note 1. citirten, von dem Falle, da Jemand die Gesetze nicht kennt, aber keine Entschuldigung deßhalb finden soll. Vergl. Wächter, a. a. O. §. 73. Note 43. —

Digitized by Google

mer bewiesen werden könne; es ist aber klar, daß damit das ganze Erforderniß des Bewußtseins der Strafbarkeit, als eines den dolus characterisirenden Merkmales, hinwegfällt, indem dieses Bewußtsein nicht mehr als ein Merkmal des dolus, sondern als eine nothwendige Folge des Verstandes erscheint [1]). Wenn ferner Mittermaier, der das Bewußtsein der Strafbarkeit ebenfalls zum dolus verlangt, behauptet, es sei dabei nicht nöthig, daß der Verbrecher im Momente der That an das Gesetz gedacht und das Bewußtsein des Unrechts seiner Handlung gehabt habe, indem die Verbrecher, wenn sie auch nicht daran gedacht hätten, sich doch von dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit ihrer That nicht wegläugnen könnten, und es sei ebenso wenig nothwendig, daß der Verbrecher genau die specielle Strafe kenne, welche das Gesetz seinem Verbrechen drohe,

---

1) Uebrigens scheint Feuerbach a. a. O. die praesumtio juris von der Bekanntschaft mit den Strafgesetzen nur auf die allgemeine Bekanntschaft mit den Verbrechen und deren bürgerlicher Strafbarkeit, welche Bekanntschaft er zu der Zurechnung erfordert, zu beziehen; zum dolus und der von ihm so genannten unmittelbaren Fahrlässigkeit verlangt er besonderes Bewußtsein des Strafgesetzes in seiner Anwendung auf den gegenwärtigen Fall der Uebertretung (§. 85. Note a). Ich gestehe, diese Distinction nicht recht zu begreifen. Denn die Bekanntschaft mit den Verbrechen und deren bürgerlichen Strafbarkeit im Allgemeinen kann sich doch nur auf die besonderen Verbrechen und deren Strafbarkeit beziehen, so daß, wenn ein Mal angenommen wird, der Mensch habe ein allgemeines Bewußtsein der Strafgesetze, auch angenommen werden muß, er habe ein besonderes Bewußtsein des Strafgesetzes. Hätte ein Mensch dieses letztere nicht, so ginge ihm offenbar auch das erstere ab. Deßwegen habe ich auch im Texte angenommen, Feuerbach nehme von jedem Menschen an, daß er besonderes Bewußtsein des Strafgesetzes gehabt habe.

Digitized by Google

so beweiset das nur, daß er die Nothwendigkeit erkannte, ein Erforderniß wieder aufzugeben, welches er zuvor machen zu müssen geglaubt hatte [1]). Denn woran Jemand nicht gedacht hat, davon kann er auch kein Bewußtsein gehabt haben; selbst wenn er sich nicht von demselben wegläugnete, sondern eingestände, das Bewußtsein der Strafbarkeit gehabt zu haben, ungeachtet er nicht an dieselbe gedacht habe, würde ihm nicht geglaubt werden können, da sein Geständniß einen offenbaren Widerspruch in sich selbst enthalten würde [2]). Auch ist, streng genommen, ein Bewußtsein der Strafbarkeit, dem nicht bewußt ist, worin die Strafe bestehet, so gut wie gar kein Bewußtsein von derselben; oder wenigstens, es ist ein verschiedenes Bewußtsein, sich der Strafe speciell oder sich derselben nur im Allgemeinen bewußt zu sein, so daß, wenn dieses Bewußtsein überhaupt ein Merkmal des dolus wäre, derselbe nothwendig verschieden sein müßte, je nachdem es speciell oder generell gewesen wäre [3]).

---

1) Im N. A. des C. R. II. S. 521 ff.

2) Zum Wenigsten gilt dieses von den im Affecte verübten Verbrechen, bei welchen Entschluß und Ausführung der That zusammenfallen. Denn vor der Ausführung kann hier der Verbrecher dieses Bewußtsein gar nicht gehabt haben, da er ja nicht ein Mal an die That selbst gedacht hatte. Wenn er es folglich überhaupt gehabt haben soll, müßte er dasselbe während der That gehabt haben, wozu nothwendig gehört, daß er dabei an das Strafgesetz denke. Der Umstand, daß er dieses Bewußtsein nach der That erhält, ist natürlicher Weise ohne allen Einfluß.

3) Es ließe sich hierbei gar nicht von vorn herein sagen, welche Art des dolus die schlimmere und strafbarere wäre. Denn wenn das generelle Bewußtsein von der Strafbarkeit sich die Strafe größer vorgestellt hätte, als dieselbe wirklich gewesen und dem speciellen Bewußtsein bewußt gewesen wäre, so wäre der mit jenem

Digitized by Google

Das Bewußtsein der Strafbarkeit kann aber gar nicht ein Merkmal des dolus sein, und man würde es nie dafür haben ausgeben können, wenn man nicht die Strafbarkeit selbst für ein Merkmal oder einen Bestandtheil des Verbrechens angesehen hätte, was sie natürlicher Weise nicht sein kann [1]). Man erinnere sich nur, daß der Gesetzgeber seinen Grund gehabt haben muß, als er gewisse Handlungen für strafbar erklärte, und daß dieser Grund nur in dem Inbegriffe der Eigenschaften oder Merkmale liegen kann, welche diese Handlungen an sich tragen. Wenn aber diese Eigenschaften der Grund der Strafbarkeit sind, so daß diese als das Begründete erscheint, so müssen sie schon vor derselben vollständig vorhanden gewesen sein. Da nun unter diese Eigenschaften immer entweder dolus oder culpa gehört, so kann begreiflicher Weise weder die eine, noch die andere dieser beiden Arten der Willensbestimmung sich auf die Strafbarkeit beziehen. Denn dolus und culpa waren eher da, als die Strafbarkeit, und wenn zum dolus ein gewisses Bewußtsein gehört, so kann dieses wenigstens nicht das Bewußtsein der Strafbarkeit sein, da man sich des noch nicht Vorhandenen nicht bewußt sein kann [2]).

Durch die bisherigen Bemerkungen scheint es hinlänglich gerechtfertigt zu sein, daß die Frage, ob Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit mit in den Thatbestand aufzu-

---

verbundene dolus der strafbarere, im umgekehrten Falle der mindere strafbare.

1) S. oben S. 83.

2) Selbst diejenigen Gesetze, welche wissentliche Uebertretung ausdrücklich verlangen, z. B. l. 3. §. 22. D. 29. 5., machen keine Ausnahme, ebenso wenig als die Fälle, in welchen gewissen Personen ignorantia juris zur Entschuldigung gereicht. Der Beweis davon kann aber erst weiter unten gegeben werden.

Digitized by Google

nehmen seien oder nicht, mit einiger Ausführlichkeit besprochen worden ist. Um so kürzer kann dagegen über die Frage hinweg gegangen werden, ob auch die außerwesentchen Merkmale des Verbrechens zu dem Thatbestande desselben gehören. Wenn man unter Thatbestand des Verbrechens den Inbegriff der Merkmale verstehen will, ohne welche die verbrecherische That überhaupt nicht bestehet, und wenn außerwesentliche Merkmale diejenigen sein sollen, deren Dasein nicht zum Begriffe oder Vorhandensein des Verbrechens nothwendig, sondern bloß für die Bestimmung der Strafe von Einfluß ist, so folgt von selbst, daß dieselben zu dem Thatbestande nicht gehören können [1]). Darüber kann kein Streit obwalten, wie denn auch Diejenigen, welche den Ausdruck Thatbestand auch für die außerwesentlichen Merkmale gebrauchen, durch die Bezeichnung „außerwesentlicher Thatbestand" zu erkennen geben, daß damit nicht der eigentliche, wesentliche Thatbestand gemeint sei [2]).

Es kommt nur darauf an, die wesentlichen Merkmale des Verbrechens von den außerwesentlichen zu unterscheiden. Wesentliche Merkmale sind diejenigen, ohne deren vereintes Dasein überhaupt kein Verbrechen vorhanden sein würde; außerwesentliche diejenigen, deren Dasein auf die Größe der Strafe von Einfluß ist, ohne daß deßwegen durch den Mangel derselben der Begriff und das Dasein des Verbrechens aufgehoben würde [3]).

---

1) Vergl. auch oben S. 51.

2) Wächter, §. 43. Note 97 und §. 46. Note 100.

3) Daraus folgt, daß Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit ebenso wenig zu den außerwesentlichen, als zu den wesentlichen Merkmalen des Verbrechens gehören können. Denn beide sind auf die Bestimmung der Größe der Strafe ohne allen Einfluß, da zwar der Zurechnungslose gar nicht, aber der Zurechnungs-

Digitized by Google

Was zu den wesentlichen Merkmalen gerechnet und also in den Thatbestand aufgenommen werden müsse, ist bereits in dem Früheren angedeutet worden. Denn dort ist gesagt worden, daß in den allgemeinen Thatbestand, wenn in demselben der allgemeine Begriff des Verbrechens enthalten sein solle, Nichts aufgenommen werden könne, als was schon in den historischen Begriff des Thatbestandes gehöre [1]). Diesem historischen Begriffe zufolge bestehet aber der allgemeine Thatbestand aus der verbrecherischen, durch eine rechtswidrige entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachten Erscheinung [2]), so daß also diese Bestandtheile als die wesentlichen Merkmale des Verbrechens erscheinen.

Hiermit sind aber nicht Alle einverstanden. Schon Stübel behauptet, daß gewisse persönliche Eigenschaften und subjective Thatsachen nur bei gewissen Verbrechen so nothwendig zu deren Wesen gehören, daß ohne dieselben das Verbrechen selbst nicht vorhanden sei; so setze z. B. Diebstahl, Raub und Raubmord die Absicht des Gewinnes, die Injurie die Absicht zu beleidigen, mithin indirect den dolus voraus [3]). In ähnlicher Weise sagt Feuerbach, daß oft gewisse subjective, in dem Gemüthe des Verbrechers

---

fähige bloß wegen seiner Zurechnungsfähigkeit weder milder, noch härter gestraft werden kann, und da ebenso wenig die Strafbarkeit, obgleich ohne sie gar keine Strafe möglich ist, die Ursache sein kann, wegen welcher Jemand härtere oder gelindere Strafe verdient hätte. Auch hat wohl noch Niemand die Zurechnungsfähigkeit und die Strafbarkeit für außerwesentliche Merkmale des Verbrechens ausgegeben.

1) S. oben S. 72.

2) S. oben S. 56 und S. 61. a. E.

3) Ueber den Thatbestand, §. 2. Note c.

Digitized by Google

liegende Gründe der rechtswidrigen Handlung, und zwar entweder eine gewisse Absicht, wie animus lucri faciendi bei dem Diebstahle, oder eine gewisse Art der Willensbestimmung, wie Affect bei dem Todtschlage, zum Thatbestande gehören. Habe aber ein Gesetz den dolus so nothwendig in den Begriff des Verbrechens aufgenommen, daß ein culposes Verbrechen dieser Art entweder schlechthin, oder doch ohne den Namen zu verlieren unmöglich sei, so gehöre auch dolus zum Thatbestande des Verbrechens. Bei Verbrechen aber, die auch culpose begangen werden können, könne man den dolus nicht zum Thatbestande rechnen. Er sei dann, sowie die culpa, bloß ein Grund, welcher den Grad der Strafbarkeit bestimme [1]). Derselben Ansicht scheint Wächter zu sein, wenn er sagt, natürlich könne ein Merkmal, welches in der Regel ein außerwesentliches sei, bei einzelnen Verbrechen ein wesentliches sein [2]), z. B. dolus, und ebenso Abegg, der behauptet, ein Merk-

1) Lehrbuch, §. 82. c. Uebrigens hat Wächter wohl nicht ganz Recht, wenn er a. a. O. §. 46. S. 79., Feuerbach einer Inconsequenz beschuldigt, welche darin liege, daß er Thatbestand für die gesetzlichen objectiven Merkmale des Verbrechens gebrauche, und dennoch in Fällen, in welchen das Gesetz bei einzelnen Verbrechen Absicht zum Begriffe erfordere, auch diese subjective Richtung zum Thatbestande rechne. Allein Feuerbach §. 80—83. gebraucht den Ausdruck Thatbestand keines Weges, um bloß die objectiven Merkmale des Verbrechens zu bezeichnen. Er sagt nur, das Dasein des Thatbestandes, zu welchem aber auch subjective Gründe gehören können, sei der objective Grund der absoluten Strafbarkeit. Darin hat er aber vollkommen Recht, da das Dasein des Thatbestandes, und wenn er auch aus lauter subjectiven Merkmalen bestände, auf jeden Fall etwas Objectives genannt werden kann.

2) Lehrbuch, §. 43. a. E.

Digitized by Google

mal könne unwesentlich im Allgemeinen, aber wesentlich für Verbrechen gewisser Gattung sein, z. B. Gewalt, oder für die Gattung unwesentlich, aber wesentlich für eine Art; so sei dolus nicht wesentlich für den Begriff der Tödtung, da diese auch culpos sein könne, wohl aber für den Mord; Gewalt nicht für den Diebstahl überhaupt, wohl aber für die durch solche ausgezeichneten Arten [1]).

Allein die genannten Rechtslehrer, wie alle übrigen, lehren einstimmig, daß es keine anderen, als entweder dolose oder culpose Verbrechen gebe, und daß also zu jedem Verbrechen entweder dolus oder culpa gehöre. Was aber bei allen einzelnen und besonderen Verbrechen vorkommt, gehört eben deßwegen, nur von seiner besonderen Form oder Gestaltung entkleidet, in den allgemeinen Begriff des Verbrechens [2]). Dolus und culpa müssen daher wesentliche Bestandtheile des Verbrechens sein; sie sind es aber nicht cumulativ, so daß zu jedem Verbrechen nothwendig beide gehörten, sondern nur alternativ, indem entweder der eine oder die andere vorliegen muß, wenn von einem Verbrechen die Rede sein soll. Da nun auf diese Weise dolus und culpa, obgleich unter sich verschieden, doch die gleiche Wirkung haben, nämlich die Handlung als eine verbrecherische erscheinen zu lassen, so daß, wenn auch die übrigen der zum Verbrechen gehörigen Merkmale vorliegen, doch das Dasein des Verbrechens ausgeschlossen wird, wenn der eine oder die andere fehlt, so müssen sie auch unter einander etwas Gemeinsames haben, durch welches eben der dolosen sowohl, als der culposen Handlung der Character des Verbrecherischen aufgeprägt wird. Mit anderen

1) Lehrbuch, §. 68. S. 102.
2) S. oben S. 68 und S. 79.

Worten, da das doloſe Verbrechen ebenſo gut Verbrechen iſt, als das culpoſe Verbrechen, und da es auf der anderen Seite gar kein Verbrechen giebt ohne dolus oder culpa, ſo muß dieſen beiden etwas Gemeinſames, das ſich in ihnen nur auf verſchiedene Weiſe äußert, zu Grunde liegen. Dieſes Gemeinſame iſt aber die verbrecheriſche Willensbeſtimmung, welche in der culpa ebenſo wohl, als in dem dolus enthalten iſt [1]), und ſich nicht anders, als entweder durch dolus oder durch culpa zu erkennen geben kann. Es hätte deßwegen auch geſagt werden können, in den Begriff und Thatbeſtand des Verbrechens gehöre als weſentlicher Beſtandtheil die verbrecheriſche Willensbeſtimmung, indem mit dieſem Ausdrucke auch Nichts Anderes ausgeſprochen geweſen ſein würde, als daß zu jedem Verbrechen dolus oder culpa gehöre. Allein die Ausdrücke dolus und culpa ſind techniſche und geläufige Ausdrücke, während es durch den Ausdruck verbrecheriſche Willensbeſtimmung nicht ſo in die Augen ſpringend ausgedrückt geweſen ſein würde, daß entweder dolus oder culpa ein weſentlicher Beſtandtheil des Verbrechens ſei. Sie ſind aber, wie bemerkt, alternativ weſentlich, weil ſie die beiden nothwendigen Weiſen oder Formen ſind, in welchen die verbrecheriſche Willensbeſtimmung zur Erſcheinung kommen kann. Sie gehören deßwegen beide in gleichem Maße in den allgemeinen Thatbeſtand, indem kein Grund gedacht werden kann, aus welchem der eine dem allgemeinen Thatbeſtande weſentlicher angehören ſollte, als die andere.

Daraus folgt aber, daß man nicht mit Stübel, Feuerbach, Wächter und Abegg ſagen kann, bei eini-

1) Denn daß auch die culpa kein bloßer Fehler des Verſtandes, ſondern eine wirkliche Willensäußerung iſt, darüber findet wohl gegenwärtig kein Streit mehr Statt.

gen Verbrechen werde dolus als wesentliches Merkmal zu dem Thatbestande erfordert, während es bei anderen nicht zu demselben gehöre. Vielmehr ist entweder dolus oder culpa immer bei jedem Verbrechen ein wesentliches Merkmal, in der Weise, daß jede dieser beiden Arten der verbrecherischen Willensbestimmung zu dem Verbrechen, bei welchem sie vorkommt, so wesentlich ist, daß nicht die eine an die Stelle der anderen gesetzt werden könnte, ohne den Begriff und Thatbestand dieses Verbrechens gänzlich aufzuheben oder umzugestalten. Daß manche verbrecherische Erscheinungen, die sich unter einem Gesammtnamen subsumiren lassen, sowohl dolos, als auch culpos hervorgebracht werden können, kann daran Nichts verändern. Denn immer sind ein doloses und ein culposes Verbrechen zwei ganz verschiedene Verbrechen, deren jedes seinen besonderen Thatbestand hat. Wenn zwei verschiedene Verbrechen, ein doloses nämlich und ein culposes, in manchen Stücken ihres Thatbestandes und namentlich in ihrem Erfolge einander gleichen, so kann zwar der Sprachgebrauch des Gesetzes sowohl, als des gemeinen Lebens dadurch veranlaßt werden, dieselben zusammen unter einer gemeinschaftlichen Benennung zu begreifen[1]); auch kann die Wissenschaft aus dem, was der Thatbestand dieser beiden Verbrechen Gemeinschaftliches hat, einen allgemeinen Begriff und Thatbestand dieses Verbrechens bilden, von welchem nachher die dolose und culpose Begehung nur als Gattungen oder Unterarten erscheinen. Allein daraus folgt nicht, daß bei Verbrechen dieser Art weder dolus, noch culpa wesentlich zum Thatbestande gehöre. Denn wenn sich der Sprachgebrauch, sei es der des

1) Der Ausdruck Tödtung kann sich z. B. sowohl auf das dolose, als auf das culpose Verbrechen beziehen, wie er auch in der P. G. O. Art. 130 ff. so gebraucht wird.

Digitized by Google

Lebens, des Gesetzes oder der Wissenschaft, einer Bezeichnung bedient, welche sowohl auf die dolose, als auch auf die culpose Begehung paßt, so kann damit doch immer nur entweder die eine oder die andere gemeint sein; es kann auch sein, daß beide zugleich damit gemeint sind, wenn nämlich in der Beziehung, von welcher gerade die Rede ist, es keinen Unterschied macht, ob dolose oder culpose Begehung vorliege [1]); niemals aber kann, wenn überhaupt noch von einem Verbrechen die Rede sein soll, weder die eine, noch die andere gemeint sein.

Man kann zwar deßwegen sagen, zu dem Begriffe des Verbrechens sei nicht immer dolus nothwendig, da dasselbe eben auch culpos begangen werden kann; ebenso ist umgekehrt zu dem Begriffe nicht immer culpa nothwendig, weil es eben auch dolos begangen werden kann. Allein daraus folgt nur, daß beide in gleichem Maße dazu beitragen, den Begriff herzustellen, und daß sie also auch beide in gleichem Maße in den allgemeinen Begriff und Thatbestand des Verbrechens aufgenommen werden müssen. Ist aber von einzelnen bestimmten Verbrechen die Rede, so ist immer entweder dolus oder culpa ein wesentliches Merkmal derselben, und es läßt sich nicht als eine Eigenthümlichkeit einiger Verbrechen bezeichnen, durch welche sie sich von anderen Verbrechen unterscheiden, daß dolus oder eine

1) Z. B. Art. 147. der P. G. O. ist vorgeschrieben, wie es gehalten werden soll, wenn einer geschlagen wird und stirbt und es zweifelhaft ist, ob er an der Wunde gestorben sei, oder Art. 149, wo verordnet ist, daß der Körper des Entleibten vor dem Begräbniß gehörig besichtigt werden soll. Vorschriften dieser Art beziehen sich auf die dolose und culpose Tödtung zusammen, indem sie auf die eine, wie auf die andere Anwendung finden sollen. Aber an eine Tödtung, die weder dolos, noch auch culpos wäre, ist dabei nicht gedacht.

Digitized by Google

bestimmte Art des rechtswidrigen Vorsatzes wesentlich zu ihrem Thatbestande gehöre. Denn entweder gehört der dolus wesentlich, oder er gehört gar nicht zu ihrem Thatbestande, in welchem Falle alsdann culpa ein wesentlicher Bestandtheil des Thatbestandes sein wird. Ein unwesentliches Merkmal, dessen Mangel auf den Begriff und das Dasein des bestimmten Verbrechens ohne Einfluß wäre, kann der dolus nie sein, da, wenn er fehlte, entweder gar kein Verbrechen, oder wenigstens das bestimmte nicht mehr vorhanden sein würde. Der dolus ist deßhalb wesentlich nicht allein zum Hochverrathe, zum Diebstahle, zum Betruge, zur Fälschung, zur Injurie oder zu ähnlichen Verbrechen, welche eine bestimmte Art des rechtswidrigen Vorsatzes erfordern, sondern auch zur dolosen Tödtung, Gesundheitsverletzung oder Brandstiftung, zu deren Thatbestande ebenso gut eine bestimmte Art des rechtswidrigen Vorsatzes gehöret. Auch diese Verbrechen können ebenso wenig, als jene, culpos begangen werden, wie überhaupt ein dolоses Verbrechen niemals wird culpos begangen werden können. Nach der Ansicht unseres gemeinen Rechtes ist es zwar auch strafbar, durch culpa eine Feuersbrunst zu veranlassen, oder einen Menschen zu tödten; es ist aber, wie gesagt, bloß ein zufälliger, äußerer Umstand, daß die Sprache sich hierfür der nämlichen Bezeichnung, wie für die dolose Begehung bedient [1]), so daß man deßwegen nicht behaupten

1) Es ergiebt sich dieses auch daraus, daß man bei genauerer Beobachtung der juristischen Terminologie schon durch die bloße Benennung des Verbrechens ausdrücken kann, daß dolus entweder ein wesentlicher Bestandtheil desselben sei, oder gar nicht in den Thatbestand gehöre. Unter die Verbrechen, welche sowohl dolos, als culpos begangen werden können, und bei welchen weder dolus, noch culpa zum Thatbestande gehören, rechnet man einstimmig die Tödtung und die Brandstiftung. Die dolose Tödtung ist aber

darf, bei Verbrechen dieser Art gehöre weder dolus, noch culpa wesentlich zum Thatbestande.

Durch diese Bemerkungen scheint es hinlänglich bewiesen zu sein, daß dolus und culpa als wesentliche Merkmale des Verbrechens in den allgemeinen Thatbestand aufgenommen werden müssen. Damit ist auch ein Theil des Inhaltes angegeben, den die nachstehende Abhandlung haben wird. Der übrige Inhalt derselben ist ebenfalls bereits in dem Früheren angedeutet. Denn wenn am Anfange dieser Einleitung gesagt worden ist, daß diese Abhandlung die Erörterung des allgemeinen Thatbestandes des Verbrechens zum Gegenstande haben solle, und wenn alsdann weiter behauptet worden ist, dieser Thatbestand bestehe aus der durch eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebrachten verbrecherischen Erscheinung, so folgt daraus von selbst, daß die Erörterung dieser einzelnen Bestandtheile oder Merkmale in dem Folgenden wird versucht werden müssen. Die hauptsächliche Tendenz dieser Einleitung ist freilich negativer Art gewesen, indem der Beweis, daß zwei von vielen namhaften Rechtslehrern in den allgemeinen Begriff

---

entweder Mord oder Todtschlag, von welchen beiden Verbrechen Niemand behaupten wird, daß sie auch culpos begangen werden könnten. Nimmt man aber diese beiden Verbrechen, von welchen es klar ist, daß sie ebenso gut als Diebstahl oder Fälschung dolus und zwar eine bestimmte Art desselben zu ihrem Thatbestande erfordern, für selbstständige Verbrechen, so bleibt von dem, was man Verbrechen der Tödtung im Allgemeinen nennt, nur die fahrlässige Tödtung übrig, bei welcher aber der dolus natürlich auch nicht als außerwesentliches Merkmal vorkommen kann. Für die Urheber der dolosen Brandstiftung gebraucht aber die Carolina Art. 125. den Ausdruck „boshaftige Brenner", wodurch der dolus ebenfalls als wesentliches Requisit aufgestellt wird.

Digitized by Google

und Thatbestand des Verbrechens aufgenommenen Merkmale, die Zurechnungsfähigkeit nämlich und die Strafbarkeit, keine Aufnahme in denselben finden dürfen, den bei Weitem größten Theil derselben eingenommen hat. Der Nutzen davon wird aber sowohl in theoretischer, als in practischer Hinsicht positiver Art sein, indem erst durch die Ausscheidung alles Fremdartigen aus dem Begriffe des Verbrechens dieser selbst mit seinen einzelnen Bestandtheilen vollkommen richtig erkannt werden kann.

Daß die übrigen angegebenen Bestandtheile des allgemeinen Thatbestandes als wesentliche Merkmale in den Begriff des Verbrechens gehören, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Daß aber auch durch dieselben der Begriff des Verbrechens vollständig gebildet werde, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Nur über die Reihenfolge, nach welcher in den folgenden Capiteln die Erörterung der einzelnen, in den Thatbestand gehörenden Merkmale erfolgen wird, mögen noch einige Bemerkungen hinzugefügt werden.

Die angegebenen Merkmale des Verbrechens liegen zwar nicht in der Weise in dem Begriffe desselben, daß sie successiv aufeinander folgten, und etwa das eine der Zeit nach eher vorhanden wäre, als das andere. Vielmehr ist das Verbrechen eine untheilbare Einheit, welche eben durch das gleichzeitige Vorhandensein jener drei Erfordernisse hervorgebracht wird [1]). Allein daraus folgt nicht, daß diese Merkmale nothwendig gleichzeitig in Betrachtung gezogen werden müssen, oder daß es gleichgültig und gänzlich der Willkür überlassen sei, in welcher Reihenfolge dieselben in der systematischen Darstellung zu behandeln seien.

---

1) Abegg, Lehrbuch §. 68.

Digitized by Google

Denn daraus, daß das Verbrechen erst durch das gleichzeitige Vorhandensein dieser Merkmale hergestellt wird, folgt natürlich nicht, daß dieselben nothwendig stets gleichzeitig vorkommen müssen. Es folgt daraus nur, daß eben von keinem Verbrechen die Rede sein kann, wenn das eine oder andere dieser Merkmale ohne Verbindung mit den übrigen vorkommen sollte. In der That brauchen diese Merkmale nicht immer in ihrer Vereinigung vorzukommen, und deßwegen braucht sich auch die wissenschaftliche Darstellung nicht gleichzeitig über dieselben zu verbreiten.

Fragt man nun, in welcher Reihenfolge die in dem Begriffe des Verbrechens enthaltenen Merkmale zu behandeln seien, so ist es den Gesetzen der Logik offenbar am Gemäßesten, immer dasjenige Merkmal voranzustellen, welches die nothwendige Voraussetzung für das Dasein des anderen bildet; oder mit anderen Worten, demjenigen Merkmale die spätere Stelle anzuweisen, dessen Dasein das Dasein der anderen Merkmale als Voraussetzung erfordert. Diese Merkmale sind aber, wie in dem Bisherigen oft gesagt worden ist, keine anderen, als folgende:

Erstens: Eine verbrecherische, durch eine menschliche Handlung hervorgebrachte Erscheinung.

Zweitens: Rechtswidrigkeit dieser Handlung.

Drittens: Dolose oder culpose Eigenschaft dieser Handlung.

Die bloße Erscheinung für sich betrachtet, z. B. der eingetretene Tod eines Menschen, oder die vorgefallene Feuersbrunst, hat gar kein criminalrechtliches Interesse, sondern nur, in sofern sie durch eine menschliche Handlung hervorgebracht worden war. Ebenso hat die menschliche Handlung juristisch bloß in sofern Interesse, als sie zu gewissen Erscheinungen geführt hatte. Deßwegen kann weder die ver-

Digitized by Google

brecherische Erscheinung für sich allein, noch die menschliche Handlung für sich allein, sondern nur die Vereinigung beider, in sofern nämlich jene durch diese hervorgebracht worden war, eins der Merkmale bilden, aus welchen das Verbrechen bestehet. Dieses Merkmal ist aber die Grundbedingung und Voraussetzung für das Dasein der übrigen, in dem Begriffe des Verbrechens enthaltenen Merkmale. Denn daß die Handlung rechtswidrig sei, kann zunächst nur erkannt werden aus der Erscheinung, welche durch sie bewirkt wurde, und in jedem Falle kann von Rechtswidrigkeit der Handlung keine Rede sein, wenn nicht eine Handlung überhaupt vorliegt. Das dritte der angegebenen Merkmale, nämlich die dolose oder culpose Eigenschaft der Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht worden, hat aber das Dasein der beiden anderen Merkmale zu seiner nothwendigen Voraussetzung. Denn die Handlung könnte weder dolos, noch culpos sein, wenn sie nicht rechtswidrig wäre, sowie sie nicht rechtswidrig sein könnte, wenn sie nicht zu der verbrecherischen Erscheinung geführt hätte. Damit ist aber natürlich nicht gesagt, daß jede Handlung, die zu einer verbrecherischen Erscheinung führt, nothwendig eine rechtswidrige, oder daß jede rechtswidrige Handlung nothwendig eine dolose oder culpose sein müsse.

Daraus ergeben sich für die nachstehende Abhandlung drei Hauptabschnitte, welche Capitel genannt werden mögen. Das erste Capitel wird die äußere Erscheinung des Verbrechens und die Handlung, durch welche dasselbe hervorgebracht worden, zu seinem Gegenstande haben. In dem zweiten Capitel wird von der Rechtswidrigkeit dieser Handlung, und in dem dritten von der dieser Handlung zu Grunde liegenden Willensbestimmung, oder von dolus und culpa die Rede sein.

Digitized by Google

Wie schon öfter bemerkt worden ist, können aber im allgemeinen Theile der Strafrechtswissenschaft diese Merkmale des Verbrechens nur im Allgemeinen erörtert werden. Die Darstellung der besonderen Form und Richtung, in welcher dieselben in die Erscheinung treten, ist die Aufgabe des besonderen Theiles der Strafrechtswissenschaft. Damit aber der allgemeine Begriff des Verbrechens vollständig aufgefaßt werde, müssen bei Erörterung desselben auch die allgemeinen Erscheinungsformen, in deren einer oder anderer diese Merkmale vorkommen müssen, angegeben werden. Aus diesem Grunde gehört die Lehre von dolus und culpa in die Erörterung des allgemeinen Thatbestandes, weil eben dolus und culpa die allgemeinen und nothwendigen Erscheinungsformen sind, in welchen die dem Verbrechen zu Grunde liegende Willensbestimmung sich äußert. Aus demselben Grunde gehört hierher die Lehre von der Urheberschaft und den verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen, da die Handlung, durch welche die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht wird, nothwendig eine dieser Formen an sich tragen muß.

Was die Art und Weise der Behandlung betrifft, so muß dieselbe nach der Verschiedenheit der Quellen, aus welchen die jetzt zu entwickelnden Lehren zu schöpfen sind, verschieden sein. Einige dieser Lehren beruhen auf einzelnen bestimmten Gesetzen, deren richtige Auslegung öfters rechtshistorische Untersuchungen nothwendig machen wird. Bei anderen Lehren bringt es dagegen die Natur der Sache mit sich, daß die Darstellung sich mehr in kritischer und argumentirender Weise verhalten muß. Indessen scheint es zweckmäßiger zu sein, das Nähere darüber bei jeder einzelnen Lehre selbst zu bemerken.

Digitized by Google

Erstes Capitel.

Von der äußeren Erscheinung des Verbrechens und der Handlung als Ursache derselben.

Vorbemerkung.

Die Rechtslehrer stimmen darin überein, daß eine äußerlich erkennbare Handlung das erste Erforderniß des Verbrechens sei [1]). Daß der bloße Gedanke, der sich noch nicht in einem äußeren, sinnlich wahrnehmbaren Thun zu erkennen gegeben hat, dem Gebiete des Rechtes nicht anheim falle, ist auch in der That eine zu einleuchtende Wahrheit, als daß es weiterer Bemerkungen darüber bedürfte [2]).

Der Grund davon liegt nicht bloß darin, daß der bloße Gedanke äußerlich nicht erkannt und nicht bewiesen

1) Z. B. Feuerbach, §. 32. Martin, §. 43. Wächter, §. 48.

2) Cogitationis poenam nemo patitur l. 18. D. 48. 19. Vergl. darüber Zachariä, die Lehre vom Versuche, §. 98 ff., und meine Abhandlungen, Band I. S. 15 ff. und S. 28.

Digitized by Google

werden könne: denn geradezu unmöglich ist dieser Beweis nicht, da er durch Geständniß oder durch Urkunden hergestellt werden könnte. Der bloße Gedanke kann vielmehr aus dem Grunde keine rechtliche Bedeutung haben, weil das Recht bloß für Menschen und zwischen Menschen bestehet, und weil durch ihn, wenn nicht eine äußere Handlung hinzu kommt, kein Verhältniß zwischen Menschen begründet werden kann. Denn rechtliche Folgen können nur entstehen, wenn sich ein Mensch in Verhältniß setzt zu anderen Menschen, was nicht anders geschehen kann, als indem der Gedanke, so zu sagen, aus dem Menschen heraus tritt und einen anderen Menschen in irgend einer Weise berührt.

Die Strafe ist aber Nichts Anderes, als eine rechtliche Folge, welche für einen Menschen eintritt. Daraus folgt, daß das Verbrechen, welches die Strafe als rechtliche Folge nach sich ziehet, nothwendig eine Beziehung zu anderen Menschen, eine Einwirkung, von welcher dieselben betroffen werden, enthalten müsse. Diese Einwirkung braucht zwar nicht nothwendig darin zu bestehen, daß durch das Verbrechen immer ein Anderer in seinem Rechte verletzt werde, oder daß dasselbe immer den bestimmten Erfolg habe, der etwa beabsichtigt worden war [1]; wohl aber muß jedes Verbrechen nicht allein eine subjective, sondern auch eine objective Seite haben, mit anderen Worten, bei jedem Verbrechen muß etwas vorkommen, das außerhalb der Person des Verbrechers liegt und durch seine Handlung geschaffen worden ist [2]. Bei den einzelnen Ver-

1) Meine Abhandlungen, S. 5.

2) Selbst bei dem bloßen Versuche des Verbrechens muß, wenn von einem wirklichen Versuche die Rede sein soll, diese ob-

Digitized by Google

brechen wird dieſe doppelte Seite, die ſubjective nämlich und die objective, in der Regel ſchon durch die bloße Benennung ausgedrückt [1]); allein bei dem Verbrechen im Allgemeinen wird dieſelbe durch den Ausdruck „äußerlich erkennbare Handlung" nicht ſo deutlich zu erkennen gegeben. Denn unter Handlung pflegt man häufig nur die menſchliche Thätigkeit zu verſtehen, ohne das, was durch dieſe Thätigkeit geſchaffen worden, mit darunter zu begreifen. Die Handlung in dieſem Sinne kann aber gar keine juriſtiſche Bedeutung haben. Sie kann dieſelbe vielmehr nur dadurch erhalten, daß ſie zu einer ſolchen Erſcheinung führte, an welche die Geſetze gewiſſe rechtliche Folgen gebunden hatten. Criminalrechtliche Bedeutung kann aber die Handlung nur dadurch erhalten, daß eine ſolche Erſcheinung, welche die Strafe als rechtliche Folge nach ſich ziehen muß, durch ſie bewirkt worden war. Deßwegen ſcheint es zweckmäßiger zu ſein, wie auch in der Einleitung und in der Ueberſchrift dieſes Capitels geſchehen iſt, dieſes erſte Erforderniß des Verbrechens, welches die Vorausſetzung bildet für das Daſein der übrigen Erforderniſſe deſſelben, nicht bloß in eine äußerlich erkennbare Handlung zu ſetzen, ſondern in eine verbrecheriſche Erſcheinung, welche in einer menſchlichen Handlung ihre Urſache hatte, oder durch dieſelbe bewirkt worden war [2]).

---

jective Seite vorhanden ſein. Vergl. meine Abhandlungen, S. 267 und 459. Zachariä, a. a. O. §. 98 ff.

1) Z. B. Tödtung, Brandſtiftung, Diebſtahl, Raub, Injurie u. ſ. w., welche ſämmtliche Ausdrücke zugleich die Handlung und den Erfolg, der durch dieſelbe hervorgebracht worden, bezeichnen.

2) Wolle man dieſes Erforderniß bloß in die äußere Erkennbarkeit der Handlung ſetzen, ſo gäbe es gar kein Unterſcheidungs-

Digitized by Google

Wenn dieses Erforderniß in diesem Capitel in nähere Betrachtung gezogen werden soll, so ergeben sich für die Anordnung des Stoffes drei Abtheilungen. In der ersten muß angegeben werden, welche Arten von Erscheinungen nach unserem gemeinen Rechte überhaupt für verbrecherische anzusehen seien; in der zweiten wird von der Natur der Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird; in der dritten von dem ursachlichen Zusammenhange, der zwischen der Handlung und der Erscheinung Statt findet, gesprochen werden müssen.

Erste Abtheilung.

Von der äußeren Erscheinung des Verbrechens.

Jedes Verbrechen muß, wie oben bemerkt worden ist, auch eine objective Seite haben. Denn der bloße Gedanke ist etwas rechtlich ganz Gleichgültiges. Ebenso ist das äußerlich erkennbare Thun des Menschen nur in sofern von recht-

merkmal, welche Handlungen überhaupt von criminalrechtlicher Bedeutung sein können, und welche nicht. Denn begreiflicher Weise giebt es viele äußerlich erkennbare Handlungen, welche weder im Allgemeinen ein rechtliches, noch im Besonderen ein criminalrechtliches Interesse darbieten. Es läßt sich auch nicht sagen, daß es unnöthig sei, dieses Unterscheidungsmerkmal an die Spitze zu stellen, indem dasselbe schon genugsam dadurch mit ausgedrückt werde, daß man Rechtswidrigkeit der Handlung und dolus oder culpa als weitere Erfordernisse des Verbrechens aufstelle. Es ist aber klar, daß es alsdann zum Mindesten überflüssig sein würde, aus der äußeren Erkennbarkeit der Handlung noch ein besonderes Erforderniß des Verbrechens zu machen. Denn da nur eine äußerlich erkennbare Handlung rechtswidrig sein kann, so wäre in dem Erfordernisse der Rechtswidrigkeit das der äußeren Erkennbarkeit der Handlung nothwendig zugleich mit enthalten.

Digitized by Google

licher Bedeutung, als es zu bestimmten Erscheinungen geführt hatte. Ob daher ein Mensch überhaupt gehandelt habe, und namentlich ob er rechtswidrig, dolos oder culpos gehandelt habe, kann nur in sofern in Frage kommen, als eine bestimmte Erscheinung auf seine Handlung bezogen werden kann. Die verbrecherische Erscheinung, für sich allein genommen, ist zwar noch nicht das Verbrechen; allein sie ist die Voraussetzung für alle übrigen Erfordernisse desselben und muß deßwegen den Anfang und die Grundlage der ganzen Untersuchung ausmachen.

Welche Erscheinungen nun verbrecherische seien, kann nur aus der positiven Strafgesetzgebung erkannt werden [1]). Im Allgemeinen läßt sich sagen, alle diejenigen, welche durch eine rechtswidrige entweder dolose oder culpose Handlung hervor zu bringen mit Strafe bedrohet ist. Man erinnere sich aber, daß das Verbrechen nicht deßwegen Verbrechen ist, weil es mit Strafe bedrohet ist, sondern daß es mit Strafe bedrohet ist, weil es von dem Gesetzgeber für strafwürdig, für ein Verbrechen gehalten wurde [2]). Deßwegen ist es, um einen nicht bloß formalen, sondern auch materialen Begriff des Verbrechens zu erhalten, nothwendig, auf den allgemeinen objectiven Character einzugehen, den die in unserer positiven Gesetzgebung dafür erklärten verbrecherischen Erscheinungen an sich tragen.

Dieser Character kann nur erkannt werden durch eine Abstraction aus sämmtlichen einzelnen Verbrechen, die in unserem positiven Rechte dafür anerkannt worden sind. Das gemeine Recht bestehet aber aus verschiedenartigen Bestandtheilen, welche in Hinsicht ihres Ursprunges ver-

1) S. oben S. 57.
2) S. oben S. 59

schiedenen Zeiten und verschiedenen Völkern angehören. Die wichtigste der gemeinrechtlichen Quellen, das römische Recht, bildet ein in sich abgeschlossenes Ganzes, welches den sehr entwickelten Verhältnissen des römischen Reiches genügen konnte. Das canonische Recht betrachtet das Verbrechen als Sünde, die Strafe als Buße und Besserung, ohne durch diesen kirchlichen und religiösen Gesichtspunct dem weltlichen Strafrechte vorgreifen zu können [1]; allein nichtsdestoweniger sind die in jenem ausgesprochenen Ansichten auch für dieses mehrfach von Bedeutung geworden [2]. In dem einheimisch teutschen Rechte ist kein vollständig entwickeltes Strafsystem enthalten; denn das ältere teutsche Recht, welches sich vor der Reception der fremden Rechte gebildet hatte, trug wohl hinlängliche Keime in sich, um mit der Zeit eine rein vaterländische Frucht zur Reife zu bringen; allein es wurde eben durch jene Reception in seiner Entwickelung gehemmt, indem es von den fremden Rechten verdrängt und durch dieselben unpractisch gemacht wurde. Nichtsdestoweniger aber sind auch nach der Reception der fremden Rechte eigenthümliche Ansichten des einheimischen Rechtes in Ansehen geblieben und auf die spätere gemeinrechtliche Gesetzgebung von Einfluß geworden [3]. Die peinliche Gerichtsordnung aber war gar kein

1) Ueber das canonische Strafrecht vergl. Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältniß zu einander und zum gemeinen Rechte, §. 28.

2) Z. B. bei den Fleischesverbrechen; die verschiedene Strafbarkeit für die verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen, während das römische Recht keine Unterscheidungen in dieser Beziehung macht.

3) Z. B. bei dem Diebstahle und bei der Nothzucht, deren Begriff durch den Einfluß des älteren teutschen Rechtes in der

Digitized by Google

umfassendes Gesetzbuch, durch welches die Anwendbarkeit des römischen Rechtes ausgeschlossen werden sollte. Sie verweiset vielmehr ausdrücklich auf das römische Recht, als das neben ihr zu gebrauchende subsidiare Recht [1]), und viele ihrer Bestimmungen sind demselben unverkennbar entnommen [2]); allein daneben sind, wie bemerkt worden, auch viele Ansichten des einheimischen Rechtes in die Carolina übergegangen.

In diesen verschiedenen Rechten liegen die Elemente, aus welchen der materiale Begriff des Verbrechens construirt werden muß. Dieser Begriff hat seine Grundlage in der äußeren, objectiven Erscheinung, welche durch diese oder jene bestimmte Handlungsweise, hervorzubringen, mit Strafe bedrohet ist. Welche Erscheinungen nun objectiv verbrecherische seien, ist in den verschiedenen Zeiten verschieden bestimmt gewesen. Ebenso ist die Ansicht des positiven Rechtes sich nicht immer darüber gleich gewesen, welche Eigenschaften die Handlung, durch welche die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht worden, an sich tragen müsse, um das Verbrechen zu bilden. Beides hängt ab von dem Grade, in welchem sich bei einem gegebenen Volke und in einem gegebenen Zeitalter der Begriff von Recht und Staat entwickelt und ausgebildet hat. So lange man noch nicht tiefer eingedrungen ist in das Wesen des Rechtes, und in demselben noch nicht deutlich etwas Ob-

---

Carolina ein anderer ist, als im römischen Rechte; ebenso die verschiedene Strafe für den Versuch und die Vollendung des Verbrechens. Vergl. überhaupt Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, nr. VII. S. 81.

1) P. G. O. Art. 7, 18. 73. 91. 104. 146. 147. 150. 161. 186. 219.

2) Quistorp, a. a. O. S. 617 ff.

Digitized by Google

jectives erkennt, das seine letzte Quelle in der Vernunft hat und bei einem gegebenen Volke sich zu dessen positivem Rechte gestaltet, sondern so lange man das Recht noch von der Seite auffasset, in welcher es am unmittelbarsten in die Erscheinung tritt, nämlich als subjectives Recht oder als die einem Subjecte zustehende Befugniß, kann auch das Urtheil über Recht oder Unrecht einer Handlung nur darnach abgemessen werden, ob durch dieselbe Jemand in seinem subjectiven Rechte verletzt worden war oder nicht. Andere Handlungen, als rechtsverletzende, werden von diesem Standpuncte aus nicht für unrechte und verbrecherische angesehen werden können, und nicht der Wille, von welchem der Handelnde ausging, sondern der Erfolg, welchen er hervorbrachte, wird das entscheidende Moment für die Beurtheilung bilden. Auf diesem Standpuncte hat auch die Strafe zunächst nur einen privatrechtlichen Character und der vorzügliche Zweck derselben ist kein anderer, als dem Verletzten oder seiner Familie Genugthuung für die zugefügte Beleidigung zu gewähren [1]). Daß die Strafe nicht als Genugthuung für die verletzten Einzelnen verhängt wird, sondern als Strafe im eigentlichen Sinne, welche vom Staate, als Ganzen, im öffentlichen Interesse zugefügt wird, kommt zuerst bei solchen Handlungen vor, bei welchen es unmittelbar, so zu sagen, in die Augen springend hervortritt, daß der Staat als Ganzes durch dieselben eine Verletzung erleidet [2]). Indessen bedarf es keiner

1) Vergl. meine Abhandlungen, erster Band, S. 73 ff. S. 302 ff.

2) Verrätherei an den Feind, und Feigheit im Kriege. Nach *Dionysius Halicarnass.* lib. II. cap. 10. hat schon Romulus ein Gesetz gegen Verrätherei erlassen, und nach den zwölf Tafeln sollte Denjenigen, qui hostem concitaverit quive civem hosti

großen Rechtsbildung, um zu der Erkenntniß zu gelangen, daß auch durch die einem Einzelnen unmittelbar zugefügte Verletzung der Staat mittelbar verletzt werden könne. Im Anfang wird freilich diese Verletzung nur von ihrer materiellen Seite aufgefaßt werden, in sofern nämlich dem Staate auch ein materialer Schaden dadurch entweder wirklich zugefügt worden war [1]), oder auch nur nach dem Standpuncte des Glaubens oder Aberglaubens der Zeit als zugefügt gedacht wurde [2]). Mit zunehmender Bildung muß man aber bald zu der Einsicht kommen, daß der materielle Schaden, den entweder der Einzelne oder der Staat erlitten, nur das untergeordnete Moment ausmache, und daß es hauptsächlich der Bruch des objectiven Rechtes sei,

---

tradiderit, die Todesstrafe treffen. l. 3. D. 48. 4. Auch bei den alten Teutschen wurden die proditores et transfugae gehängt; *Tacitus* de sit. et mor. German. c. 12. Lex Bajuv. tit. II. cap. 1. §. 3. 4. Vergl. meine Abhandl., Band 1, S. 306.

1) Dafür spricht im ältesten römischen Rechte das Zusammenfallen der perduellio mit dem parricidium, so daß eine Verletzung des Einzelnen zugleich eine Verletzung des Ganzen war, nach dem bei *Seneca*, de ira lib. II. c. 31. ausgesprochenen Gesichtspuncte: „Nefas est, nocere patriae, ergo civi quoque, nam hic pars patriae est. Sanctae partes sunt, si universum venerabile est.“ Vergl. Dieck, historische Versuche über das Criminalrecht der Römer, S. 7 ff.

2) Nach der Ansicht, daß durch manche Verbrechen die Gottheit beleidigt werde, und durch die Bestrafung des Schuldigen wieder ausgesöhnt werden müsse, damit sie nicht in ihrem Zorne Uebel über das ganze Volk verhänge. Daher die in vielen alten römischen Strafgesetzen vorkommende Formel: „sacer esto“, durch welche die Capitalstrafe ausgedrückt wurde. Vergl. *Abegg*, de antiquissimo Roman. jure criminali, p. 43 ff. Selbst in den Zeiten der Carolina ist diese Ansicht noch nicht ganz verschwunden gewesen. Martin, Lehrbuch §. 3.

Digitized by Google

was das Verbrechen bilde und eine öffentliche Genugthuung durch die Strafe erfordere. Dieser höhere Gesichtspunct wird zwar, soweit es sich bloß um die objective Erscheinung des Verbrechens handelt, in sofern keinen verändernden Einfluß ausüben können, als das, was nach dem früheren Gesichtspuncte für eine verbrecherische Erscheinung gehalten wurde, auch noch nach ihm dafür gelten kann; allein da das objective Recht nicht durch die verbrecherische Erscheinung als solche, selbst wenn sie durch menschliche Thätigkeit hervorgebracht worden war, verletzt werden kann, sondern nur, in sofern jene Erscheinung aus dem rechtswidrigen Willen des Menschen hergeleitet werden kann, so wird auch dieser für die Beurtheilung das entscheidende Moment werden müssen [1]). Die objective Erscheinung des Verbrechens wird alsdann vorzüglich die Bedeutung erhalten, daß von ihr auf das Dasein und die Qualität jenes rechtswidrigen Willens geschlossen werden kann. Daraus folgt aber, daß auf diesem Standpuncte das Gebiet der objectiven Erscheinungen, welche für verbrecherische gelten, erweitert werden muß. Denn wenn es nicht mehr die bloß objectiv verbrecherische Erscheinung, sondern zunächst der Wille ist, wodurch das objective Recht gebrochen und das Verbrechen gebildet wird, so bedarf es auch nicht mehr der vollständigen Verletzung eines subjectiven Rechtes, um ein Verbrechen herzustellen. Zwar wird der Wille für sich allein, der gar nicht zur That geworden ist, niemals ein Verbrechen ausmachen können, da alles Recht sich nur auf

---

1) Während man auf dem früheren Standpuncte zwischen dolus und culpa und casus nicht genau unterscheidet, muß sich dieser Unterschied nunmehr geltend machen. Vergl. meine Abhandlungen, a. a. O. S. 57 ff. S. 74 ff. S. 307.

Digitized by Google

die äußeren Verhältnisse der Menschen zu einander beziehen, und also nur durch eine äußere Handlung, welche diese Verhältnisse berührt, gebrochen werden kann; allein auch ohne die vollendete Verletzung eines subjectiven Rechtes wird doch noch immer eine Verletzung des objectiven Rechtes, ein Verbrechen, anerkannt werden müssen, wenn nur der Wille, jene zu begehen, durch die That zu erkennen gegeben war. Deßwegen werden auch nicht vollendete Verletzungen des subjectiven Rechtes für verbrecherische Erscheinungen gelten müssen, da in denselben, wenn ihnen der Wille der Vollendung zu Grunde lag, ein wirkliches Verbrechen enthalten ist [1]).

Die Geschichte und das positive Recht lehrt aber, daß der Begriff des Verbrecherischen und des Strafbaren keines Weges auf bloße Rechtsverletzungen und deren Versuche beschränkt ist. Auch Unsittlichkeiten und Laster aller Art, sowie andere Handlungen, welche, wenn auch nicht geradezu unsittlich, doch aus politischen Gründen als verwerflich erscheinen, sind mit Strafe bedrohet und für Verbrechen erklärt worden. Wenn auch hin und wieder behauptet worden ist, daß der Staat durch Bestrafung der Sünde

---

1) Vergl. meine Abhandlungen, a. a. O. Versuchte Verbrechen enthalten einen ebenso starken Bruch des objectiven Rechtes, als vollendete, da der rechtswidrige Wille bei beiden der nämliche gewesen war. Darnach ist es philosophisch gerechtfertigt, wenn auf Versuch und Vollendung die gleiche Strafe stehet, wie es im römischen Rechte bei vielen Verbrechen der Fall ist. Daß der Versuch gelinder bestraft wird, was das Princip unseres einheimischen Rechtes ist, ist eine Folge davon, daß man den früheren Standpunct, auf welchem die Verletzung des subjectiven Rechtes, oder die materielle Rechtsverletzung hauptsächlich berücksichtigt wird, noch nicht gänzlich verlassen hat.

Digitized by Google

und des Lasters, wodurch Niemand in seinen Rechten verletzt werde, in ein Gebiet hinüber greife, welches gänzlich außerhalb seiner Competenz liege, so ist doch dieser Einwurf in der Wirklichkeit nicht beachtet worden [1]). Vielmehr haben sich die Staaten in alter und neuer Zeit für befugt gehalten, dergleichen Handlungen mit Strafe zu bedrohen, und in der That scheint ihnen auch die Befugniß dazu nicht abgesprochen werden zu können. Denn ob sich gleich nicht behaupten läßt, daß der einzelne Mensch gegen den Anderen ein Zwangsrecht darauf habe, daß er dem Sittengesetze Folge leiste, so folgt daraus doch noch nicht, daß die unsittliche Handlung nicht zugleich eine dem objectiven Rechte widersprechende und dasselbe verletzende sein könne [2]). Denn das objective Recht ist der vernünftige

---

1) Z. B. Richter, das philosophische Strafrecht, S. 108 ff. Droste-Hülshoff im N. A. des C. R. IX. S. 600 ff., der behauptet, daß nur Rechtsverletzungen bestraft werden können. Wenn er indessen in Sodomie, Onanie und Gotteslästerung eine Rechtsverletzung findet, so kommt er dadurch auch zu dem Resultate, daß diese Handlungen gestraft werden können. Es scheint aber einiger Maßen gezwungen zu sein, in solchen Handlungen eine Rechtsverletzung zu erblicken, da doch wohl Niemand gegen den Anderen ein Zwangsrecht darauf hat, daß er dieselben unterlasse. Daß dagegen Nothzucht, Entführung, Verführung, Ehebruch, Bigamie wirkliche Rechtsverletzungen seien, leuchtet von selbst ein. Ebenso verstehet sich dieses von selbst bei allen Handlungen, durch welche eine vom Staate anerkannte Religionsgesellschaft verletzt wird. Vergl. noch Lauk, über die sittliche Beziehung der Strafgesetze, im N. A. des C. R. VIII. S. 69 ff.

2) Denn auch bei den übrigen Verbrechen ist es nicht die Verletzung des einzelnen Zwangsrechtes, welche das Verbrechen bildet. Die versuchten Verbrechen enthalten oftmals gar keine Rechtsverletzung, ohne deßwegen straflos zu werden.

Digitized by Google

Wille der Menschen, nach welchem sie neben einander leben wollen, und dieser vernünftige Wille muß sich, da das Unsittliche nothwendig zugleich unvernünftig ist, auch auf das sittliche Handeln der Menschen erstrecken. Die unsittliche Handlung widerspricht daher dem vernünftigen Willen oder dem objectiven Rechte, und wird dadurch zum Verbrechen, dessen allgemeiner Character in dem Bruche des objectiven Rechtes bestehet. In dem bloßen unsittlichen Gedanken wird zwar deßwegen noch kein Verbrechen gefunden werden können, da der Gedanke nicht das äußere Leben ist, auf welches allein das Recht sich beziehen kann; wohl aber in der unsittlichen, äußerlich erkennbaren Handlung, da sich von dieser weder behaupten läßt, daß die übrigen Menschen nicht von ihr betroffen werden, noch auch, daß sie dem vernünftigen Leben gemäß sei, welches die Menschen neben einander zu führen durch das Rechtsgesetz verpflichtet werden. Wo hier die Gränze liege und ob das Strafrecht des Staates sich auch auf die geheime Sünde erstrecken könne, oder nur auf solche Handlungen beschränkt werden müsse, durch welche dem Sittengesetze offener Hohn gesprochen wird, ist schwer zu bestimmen und kann hier nicht näher erörtert werden; jedes Falles erscheint es auch philosophisch gerechtfertigt, was sich in unserem positiven Rechte findet, daß auch Unsittlichkeiten als Verbrechen angesehen worden sind. Die Strafe, welche gegen dieselben verhängt wird, hat denselben Grund, aus welchem andere Verbrechen, welche eine Rechtsverletzung enthalten, bestraft werden, und dieser Grund ist kein anderer, als daß eine Verletzung des allgemeinen vernünftigen Willens, des objectiven Rechtes, durch sie begangen wird [1]).

1) Es läßt sich deßwegen auch gar nicht behaupten, daß sich

So lange daher die Strafe nur noch den Zweck hat, dem einzelnen Verletzten Genugthuung zu geben, kann von einer Bestrafung unmoralischer Handlungen keine Rede sein, ebenso wenig als das versuchte Verbrechen, als solches, einer Strafe unterliegt. Bei den alten Teutschen scheinen grobe Unsittlichkeiten schon mit harter öffentlicher Strafe geahndet worden zu sein [1]), während auch die schwersten Verbrechen, durch welche die Rechte Einzelner verletzt werden, noch durch bloße Geldbuße wieder ausgeglichen werden konnten [2]). Das dient aber nur zum Beweise, daß sich der Begriff des Verbrechens und der öffentlichen Strafe nur nach und nach bei einem Volke entwickelt, und daß die öffentliche Strafbarkeit der unsittlichen Handlung sogar früher zum Bewußtsein gelangen kann, als die der

---

der Staat zum Sittenrichter aufwerfe, wenn er das Unmoralische bestraft. Denn er straft das Unsittliche nicht, weil es unsittlich ist, sondern weil die unsittliche Handlungsweise nicht diejenige ist, welche die Menschen im Staate beobachten sollen. Unsittlich ist jedes Verbrechen, auch dasjenige, durch welches Andere in ihren Rechten verletzt werden. Aber auch hier liegt der nächste Grund der Bestrafung ebenso wenig in der Unsittlichkeit, als in der Verletzung des einzelnen Rechtes.

1) *Tacitus* de situ et mor. Germ. cap. 12: „Distinctio poenarum ex delicto; proditores et transfugas arboribus suspendunt; ignavos et imbelles et corpore infames, coeno ac palude, injecta insuper crate mergunt. Diversitas supplicii illuc respicit, tanquam scelera ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia abscondi.“ Unter den corpore infames sind wohl schwerlich, wie Tittmann, Geschichte der teutschen Strafgesetze, §. 3. meint, Solche zu verstehen, die sich durch Selbstverstümmelung dem Kriegsdienste zu entziehen suchten. Vergl. übrigens über die Fleischesverbrechen nach älterem teutschen Rechte *Heineccius*, elementa jur. German. tom. II. lib. II. tit. 24.

2) Tacit. l. c. cap. 21.

Digitized by Google

rechtsverletzenden Handlung. Auch bei den Römern ist die Strafbarkeit einzelner unsittlicher Handlungen frühzeitig anerkannt gewesen [1]), und zum Theil mag die Ansicht, daß die Gottheit durch das Laster beleidigt werde und durch die Strafe wieder versöhnt werden müsse, dabei von Einfluß gewesen sein [2]); durch das canonische Recht aber ist die Strafbarkeit unsittlicher Handlungen in weit größerem Umfange geltend gemacht worden [3]).

Aus ähnlichen Gründen ist der Staat ohne Zweifel befugt, noch andere Handlungen mit Strafe zu bedrohen, welche zwar weder die Verletzung eines einzelnen Rechtes enthalten, noch auch für geradezu unsittlich ausgegeben werden können, aber doch mit dem Gedeihen entweder des Gemeinwesens oder der Einzelnen unvereinbar zu sein scheinen [4]). Aeußerlich und formal erhalten sie, wie alle anderen Verbrechen, ihren Character als Verbrechen erst

---

1) Nach der lex Julia de adulteriis, welche nicht bloß vom Ehebruche, sondern auch vom stuprum und der unnatürlichen Unzucht, vielleicht auch vom Inceste, handelte. Uebrigens gab es schon vor der lex Julia hierauf bezügliche Gesetze, von denen freilich nicht viel bekannt ist. Vergl. *Heineccius*, antiquit. roman. syntagma, lib. IV, tit. XVIII. §. 51., und Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Band I, S. 162 ff.

2) Eine Andeutung dieser Ansicht ist schon in dem Gesetze des Numa Pompilius: „Pellex aram Junonis ne tangito; si tanget, Junoni crinibus demissis agnum foeminam caedito.“ Vergl. *Abegg*, de antiq. Rom. jur. cr. p. 46. In Nov. 77. cap. 1., erinnert Justinian an das Schicksal von Sodom und Gomorrha.

3) Wächter, a. a. O. S. 176.

4) Z. B. verbotenes Besitzen oder Tragen von Waffen, Theilnahme an verbotenen Gesellschaften, verbotener Giftverkauf, Senatusconsultum Libonianum, Wucher, Dardanariat.

Digitized by Google

durch die Strafbedrohung; innerlich aber und material müssen sie ihren verbrecherischen Character schon vor der Strafbedrohung gehabt haben, da sonst diese von dem Gesetzgeber ohne allen Grund ausgesprochen gewesen sein würde. Dieser Grund kann nur darin liegen, daß sie dem objectiven Rechte, dem vernünftigen Gesammtwillen widerstreiten, nach welchem die Menschen ihre gegenseitige Handlungsweise einzurichten haben. Sie setzen also, diese Verbrechen, eine nicht erst durch das Strafgesetz geschaffene, sondern schon vor demselben vorhanden gewesene Rechtswidrigkeit voraus, durch welche allein der Gesetzgeber vermocht werden konnte, die Strafbedrohung auszusprechen. Das objective Recht bei einem gegebenen Volke liegt aber in dessen positiver Gesetzgebung, so daß die Voraussetzung, welche dem Verbrechen dieser Art zu Grunde liegt, keine andere ist, als daß es positiv verboten war, eine solche Handlung zu begehen. Und dieses Verbot ist es, welches durch die Strafbedrohung nur anerkannt oder eingeschärft, nicht erst geschaffen worden ist, wenn der Gesetzgeber die demselben zuwider laufende Handlung für ein Verbrechen erklärte [1]).

---

1) Ich bitte, in diesen Worten keine Genehmigung der Abschreckungs- oder Warnungs-Theorie zu finden. Es soll durch dieselben bloß ausgedrückt werden, daß die sogenannten Polizeiverbrechen nicht erst durch die Strafbedrohung zu rechtswidrigen werden, sondern schon vor derselben als rechtswidrig anerkannt gewesen sein müssen. Dasselbe scheint Feuerbach, §. 22. seines Lehrbuches sagen zu wollen, wenn er sich so ausdrückt: „Ist das Recht des Staats auf Gehorsam gegen ein bestimmtes Polizeigesetz mit Strafen bedrohet, so entstehet der Begriff von Vergehen, Polizeiübertretung.“ Birnbaum, Archiv des C. R. neue Folge, Jahrgang 1834, S. 168. hat zwar nicht Unrecht, wenn er

Diese Bemerkungen mögen genügen, um das allgemeine Grundprincip anzudeuten, nach welchem in den Quellen unseres gemeinen Rechtes die Verbrechen bestimmt worden sind. Wie sich aus der bisherigen Darstellung ergiebt, ist es die Verletzung des objectiven Rechtes, des vernünftigen Gesammtwillens, nach welchem die Menschen ihr Leben nebeneinander einzurichten haben, weßwegen die Verbrechen für Verbrechen erklärt worden sind. Jedes Verbrechen kündigt sich aber als solches an durch seine äußere,

---

Feuerbach vorwirft, daß diese Worte keinen Sinn haben, da nicht das Recht mit Strafe bedrohet sein kann, sondern nur die Verletzung dieses Rechtes, was ohne Zweifel auch die Meinung von Feuerbach gewesen ist. Ebenso ist es richtig, daß die Vergehen oder Polizeiübertretungen sich nicht anders als gezwungen unter den von Feuerbach aufgestellten Begriff des Verbrechens, als einer durch ein Strafgesetz bedroheten, dem Rechte eines Anderen widersprechenden Handlung, subsumiren lassen. Allein ein anderer Vorwurf ist wohl nicht gegründet. Birnbaum sagt, nach der Darstellung von Feuerbach werde die Polizeiübertretung erst rechtsverletzend durch das Strafverbot, und es sei damit nicht das Mindeste gesagt, um den Rechtsgrund der Bestrafung solcher Handlungen darzuthun, indem durch jenes behauptete Recht auf Gehorsam die unschuldigste Handlung zur Rechtsverletzung gestempelt werden könne. Aber Feuerbach sagt ausdrücklich, daß der Staat ein Recht auf Gehorsam gegen seine Polizeigesetze habe, und dieses Recht ist es, welches durch die Polizeiübertretung verletzt, und dessen Verletzung mit Strafe bedrohet wird. Die Rechtsverletzung wird also keines Weges erst durch das Strafverbot geschaffen, sondern nur mit Strafe bedrohet, was ihr früheres Dasein nothwendig voraussetzt. Daß das Verbietungsrecht auch auf die unschuldigsten Handlungen erstreckt werde, ist wohl nicht leicht zu fürchten. Jedes Falles wäre es ein Mißbrauch, von welchem nach bekannten Gesetzen der Logik kein Schluß gegen das Princip gilt.

Digitized by Google

objective Erscheinung, ohne welche, wie öfters bemerkt worden ist, die übrigen Merkmale des Verbrechens gar nicht in Frage kommen können. Der allgemeine, objective Character, den die verbrecherischen Erscheinungen an sich tragen müssen, muß daher nothwendig ein solcher sein, daß eine Verletzung des objectiven Rechtes daraus erkannt werden könne. Aber auf der anderen Seite kann diese Verletzung nicht in der verbrecherischen Erscheinung für sich allein liegen, sondern nur, in sofern dieselbe durch eine rechtswidrige, dolose oder culpose Handlung hervorgebracht worden war. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Erscheinung eine wirklich, nicht bloß scheinbar verbrecherische genannt werden [1]). Denn der Begriff des Verbrechens ist ein einiger und ungetheilter, dessen einzelne Bestandtheile nicht successiv zu einander hinzutreten, sondern zu gleicher Zeit zur Entstehung kommen, und eben dadurch das Verbrechen bilden. Wegen dieser Einheit des Begriffes, durch welche seine einzelnen Bestandtheile zu einem Ganzen vereinigt werden, stehen dieselben auch in logischem Zusammenhange zu einander, so daß immer der eine durch den anderen bestimmt wird und seinen eigentlichen Character erhält. Die verbrecherische Erscheinung ist daher, wie gesagt, keine eigentlich verbrecherische, ohne Rechtswidrigkeit, dolus oder culpa der Handlung, durch welche sie hervorgebracht worden. Ebenso ist die Rechtswidrigkeit, auf welche es bei dem Verbrechen ankommt, nicht denkbar ohne eine entweder durch dolus oder culpa hervorgebrachte verbrecherische Erscheinung. In derselben Weise haben dolus und culpa die verbrecherische Erscheinung und die

1) Deßwegen gehören dolus und culpa nothwendig mit zum corpus delicti. Vergl. oben S. 25 ff.

Digitized by Google

Rechtswidrigkeit zu ihrer nothwendigen Voraussetzung. Aber dessenungeachtet bleibt die verbrecherische Erscheinung dasjenige Merkmal des Verbrechens, welches der Natur der Sache nach zuerst in die Betrachtung fällt, und erst die Veranlassung werden kann, nach dem Dasein der übrigen Merkmale zu forschen.

Ist aber der materiale Begriff des Verbrechens nicht entweder zu weit oder zu eng angegeben, wenn gesagt worden ist, dasselbe bestehe in einer Verletzung des objectiven Rechtes? Mit anderen Worten, giebt es nicht Verletzungen des objectiven Rechtes, die keine Verbrechen sind, und giebt es nicht Verbrechen, die keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten? Diese Fragen können sowohl vom philosophischen, als vom positiven Standpuncte aus aufgeworfen und beantwortet werden. Die Antwort wird aber nach beiden Gesichtspuncten verneinend ausfallen müssen. Denn was den philosophischen Standpunct betrifft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß jede Verletzung des objectiven Rechtes ein Verbrechen sein müsse, wenn ein Mal gewiß ist, daß der Character des Verbrechens in der Verletzung des objectiven Rechtes bestehe. Die Betrachtung des Verbrechens nach dem philosophischen Gesichtspuncte liegt aber nicht in dem Zwecke dieser Abhandlung und deßwegen kann es hier nicht näher philosophisch begründet werden, daß der Character des Verbrechens wirklich in Nichts Anderem bestehe. Aber auch von dem positiven Standpuncte aus muß behauptet werden, daß jede Verletzung des objectiven Rechtes ein Verbrechen bilde. Denn was auch der letzte Grund und Zweck sein mag, der aller Strafbedrohung zu Grunde liegt, auf jeden Fall ist durch dieselbe ausgesprochen, daß die Handlung, auf welche sie sich beziehet, eine unrechte, dem posi-

Digitized by Google

tiven Rechte widersprechende sei, und eben deßwegen ist es nothwendig eine Verletzung dieses Rechtes, wenn diese Handlung dennoch begangen wird. Ebenso ist es unbestreitbar, daß diese Verletzung dem Gesetzgeber der nächste Grund gewesen sei, aus welchem er die Strafbedrohung ausgesprochen habe. Daraus folgt aber, daß bei Handlungen, gegen welche eine Strafbedrohung nicht ausgesprochen ist, auch in den Augen des Gesetzgebers dieser Grund nicht vorgelegen haben kann, oder mit anderen Worten, daß diese Handlungen nicht von dem Gesetzgeber als dem objectiven Rechte widersprechende angesehen sein können. Das Strafgesetz und die in demselben ausgesprochene Strafbedrohung ist also auf jeden Fall der äußere Beweis dafür, daß eine Handlung dem Gesetze widerspreche, so daß jede mit Strafe bedrohete Handlung, aber auch keine andere als diese, für Verletzung des objectiven Rechtes angesehen werden muß [1]). Hand-

1) Es ist natürlich hier nur die Rede von Strafe in der eigentlichen Bedeutung, in welcher ein in einem Gesetze angedrohetes und im öffentlichen Interesse dem Verbrecher zugefügtes Uebel darunter verstanden wird. Der Sprachgebrauch der Gesetze und des gemeinen Lebens bedient sich des Ausdruckes Strafe, poena, auch in weiterer Bedeutung, indem überhaupt nachtheilige Folgen, die für Jemanden eintreten, darunter verstanden werden. So spricht man von Conventionalstrafe, wenn die Strafe für den Fall der nicht gehörig erfüllten Verbindlichkeit stipulirt wurde; l. 68. 90. D. 48. 1. Es liegt aber auf der Hand, daß sich hier keiner unrechten Handlung schuldig macht, wer die Strafe verwirkt. Auch Entschädigungsverbindlichkeiten werden Strafe genannt, z. B. l. 4. §. 1. D. 43. 4., wo die missio in possessionem als eine poena Desjenigen bezeichnet wird, der keine cautio damni infecti bestellen will; allein das Nichtbestellen der Caution ist ebenfalls keine unrechte Handlung, wie schon daraus hervor-

Digitized by Google

lungen, gegen welche keine Strafbedrohung ausgesprochen ist, mögen nach anderen Rücksichten als verwerflich oder

---

gehet, daß das Nichtbestellen an und für sich von den Gesetzen als gültig anerkannt und nur die missio in possessionem als Aequivalent der Caution angeordnet ist. Man spricht auch von Strafe der Nichtigkeit, wenn in einer s. g. lex perfecta ein Geschäft für nichtig und ungültig erklärt wird, wie z. B. eine donatio inter virum et uxorem; allein die Nichtigkeit ist keine eigentliche Strafe und das nichtige Geschäft kein unrechtes, indem in einem solchen Gesetze eigentlich nur die ganze Existenz und Wirksamkeit eines solchen Geschäftes abgeleugnet wird; l. 5. pr. C. 1. 14. Ebenso wenig kann von einer unrechten Handlung die Rede sein, wenn in einer s. g. lex minus quam perfecta ein Geschäft zwar verboten, aber das wider das Verbot eingegangene Geschäft nicht für ungültig erklärt, sondern nur mit Strafe bedrohet ist, oder wenn in einer s. g. lex imperfecta ein Geschäft zwar verboten, aber das dennoch eingegangene weder für ungültig erklärt, noch mit Strafe bedrohet ist. Denn daraus, daß das Geschäft an und für sich als bestehend anerkannt wird, folgt nothwendig, daß es nicht für ein unrechtes angesehen werden kann. Man spricht endlich im Processe von Strafen des Ungehorsams, wenn die Partei, welche sich ihrer Rechtszuständigkeiten nicht binnen der gesetzten Frist bediente, derselben für verlustig erklärt wird; allein auch hier liegt natürlich eine unrechte Handlung nicht vor, da es auf keinen Fall unrecht sein kann, von einem zustehenden Rechte keinen Gebrauch zu machen. Daß die Strafen oder Züchtigungen zum Zwecke der Erziehung keine eigentlichen Strafen sind, braucht kaum bemerkt zu werden. Dagegen sind es wirkliche Strafen, wenn der Richter durch die Gesetze ermächtigt ist, Strafen anzudrohen und zu vollziehen, z. B. einen Zeugen bei Strafe zu citiren; auch Disciplinarstrafen in Dienstverhältnissen sind wirkliche Strafen. Denn die verpönten Handlungen sind wirklich dem objectiven Rechte zuwider, und in sofern verbrecherisch, obgleich nicht zu leugnen ist, daß der Ausdruck Verbrechen für dieselben nicht vollkommen passen will. Wo die Strafe nur Pri-

Digitized by Google

unsittlich erscheinen: für unrechtlich und das Gesetz verletzend können dieselben nicht ausgegeben werden. Aber das Verbrechen muß, wie schon oft bemerkt worden ist, seine Eigenschaft als solches schon vor der Strafbedrohung gehabt haben, da diese Eigenschaft allein der Grund gewesen sein kann, aus welchem die Strafbedrohung ausgesprochen wurde.

Das Verbrechen ist also der Bruch des Gesetzes oder des objectiven Rechtes. Es läßt sich auch sagen, wie oft geschiehet, das Verbrechen sei die Uebertretung eines Strafgesetzes [1]). Denn auch in diesen Ausdrücken ist ausgesprochen, daß es das Gesetz sei, welches durch das Verbrechen verletzt werde. Wer sich sehr genau an die Worte bindet, könnte allenfalls dagegen einwenden, daß nicht das ganze Strafgesetz, sondern nur das in demselben ausgesprochene Verbot durch das Verbrechen gebrochen werde. Denn in sofern in dem Strafgesetze immer die Bestimmung enthalten ist, daß den Verbrecher eine Strafe treffen solle, könnte dasselbe nicht von diesem, sondern nur von Demjenigen übertreten oder verletzt werden, der die Strafe auszusprechen und anzuwenden hätte. Eine Verletzung des Strafgesetzes, im ganz genauen Sinne genommen, würde daher zwar auch ein Verbrechen sein, da das Strafgesetz auf jeden

---

vatstrafe ist, auf welche von dem Einzelnen zwar geklagt, aber auch verzichtet werden darf, kann die Idee, daß die verpönte Handlung dem objectiven Rechte widerspreche, noch nicht vollständig in das Bewußtsein getreten sein. Die Privatstrafe ist daher noch keine Strafe im eigentlichen und vollkommenen Sinne, woher es denn kommen konnte, daß Privatstrafe verhängt wurde, auch wenn der Bestrafte gar kein Unrecht begangen hatte, z. B. bei den obligationes quasi ex delicto.

1) Z. B. von Abegg, §. 63.

Digitized by Google

Fall auch dem objectiven Rechte angehöret. Aber dieses Verbrechens würde sich nicht Derjenige schuldig machen, der die in dem Strafgesetze bedrohete Handlung beginge, sondern Derjenige, dem ein anderes Gesetz die Pflicht auferlegte, das Strafgesetz in Anwendung zu bringen. Und diese Pflicht ist es, welche alsdann zunächst verletzt sein würde.

Feuerbach erklärt das Verbrechen für eine unter einem Strafgesetze enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohete, dem Rechte eines Anderen widersprechende Handlung [1]). Dasselbe liegt wohl in der Definition von Martin, der zu dem Verbrechen eine solche Zwangspflichtsverletzung erfordert, durch welche ein Recht zu ihrer Bestrafung begründet werde, was nur alsdann der Fall sei, wenn ein eigentliches Strafgesetz diese Art von Widerrechtlichkeit mit Strafe bedrohe [2]). Denn wenn Feuerbach eine Rechtsverletzung zu dem Verbrechen erfordert, so ist damit auch gesagt, daß eine Pflichtverletzung zu demselben gehöre, in derselben Weise, wie die Pflichtverletzung, welche Martin verlangt, nicht ohne eine entsprechende Rechtsverletzung gedacht werden kann. Geradezu unrichtig kann diese Definition nicht genannt werden, da die Rechtsverletzung, welche Feuerbach als Erforderniß des Verbrechens aufstellt, nicht nothwendig in dem Sinne genommen zu werden braucht, daß darunter die Entziehung oder Verminderung eines einer Person zustehenden Gutes verstanden werden müßte. Denn in diesem Falle würde die Definition für unser gemeines Recht allerdings als viel zu enge ausgegeben werden müssen [3]). Nur das

1) Lehrbuch, §. 21.

2) Lehrbuch, §. 67.

3) Denn durch die s. g. Polizeiverbrechen wird Niemand in

läßt sich gegen diese Definition einwenden, daß sie mehr enthält, als nöthig ist, um eine bloß formale Definition zu sein, und nicht genug, um für eine materiale Definition des Verbrechens gelten zu können. Denn für eine bloß formale Definition wäre es nicht nöthig gewesen, das Merkmal der Rechtswidrigkeit oder der Zwangspflichtwidrigkeit aufzunehmen; vielmehr wäre es dazu hinlänglich

---

seinen Rechten verletzt. Auch die versuchten Verbrechen brauchen nicht nothwendig eine Rechtsverletzung in diesem Sinne zu enthalten. Strenge genommen läßt sich überhaupt gar nicht sagen, daß durch irgend ein Verbrechen ein Recht entzogen oder vermindert werden könne. Denn nicht das Recht, sondern nur das Object des Rechtes ist der Gegenstand, dessen man durch das Verbrechen verlustig werden kann. Der Bestohlene behält sein Eigenthumsrecht und verliert nur das Object desselben. In derselben Weise verhält es sich bei allen anderen Verbrechen. Nur bei dem Verbrechen der Tödtung findet eine scheinbare Ausnahme Statt, da ein Todter gar keine Rechte haben kann und ihm also durch das Verbrechen nicht allein die Objecte der Rechte, sondern auch diese selbst entzogen zu sein scheinen. Allein auch durch die Tödtung wird zunächst nicht das Recht auf Leben verletzt, sondern das Object dieses Rechtes, das Leben selbst, entzogen, und es ist nur eine natürliche Folge dieses Ereignisses, daß mit dem Leben auch das Recht auf Leben aufhöret. Die Verletzung des Rechtes ist nur in sofern denkbar, als Recht der vernünftige Wille ist, der nicht entzogen oder vermindert, wohl aber dadurch gekränkt werden kann, daß ihm zuwider gehandelt wird. In diesem Sinne kann das Verbrechen eine Rechtsverletzung des Einzelnen enthalten, indem nämlich seine einzelnen Rechte Nichts sind, als Aeußerungen dieses Willens. Wesentlich aber zum Verbrechen ist eine solche Rechtsverletzung des Einzelnen nicht, da eines Theiles viele Verbrechen gar keine Verletzung eines bestimmten Einzelnen enthalten und anderes Theiles die Rechtsverletzung des Einzelnen nicht als solche, sondern nur aus dem Grunde in Betracht kommt, weil zugleich eine Verletzung des objectiven Rechtes in ihr liegt.

Digitized by Google

gewesen, das Verbrechen für eine mit Strafe bedrohete Handlung oder Unterlassung zu erklären. Für eine materiale Definition, aus welcher sich der Grund ersehen ließe, aus welchem gewisse Handlungen oder Unterlassungen mit Strafe bedrohet sind, ist dieselbe aber offenbar nicht genügend, da es sehr viele Rechtsverletzungen oder Zwangspflichtverletzungen giebt, welche unzweifelhaft nicht für Verbrechen gehalten werden können [1]). Wäre dieselbe genügend, so wäre es überflüssig gewesen, noch als formale Bezeichnung hinzuzufügen, daß die Rechts- oder Pflicht-Verletzung, um Verbrechen zu sein, mit Strafe bedrohet sein müsse.

Obgleich der Character des Verbrechens einer und derselbe ist, nämlich die in ihm enthaltene Verletzung des Gesetzes oder des objectiven Rechtes, so können doch nur einzelne, bestimmte, von einander unterschiedene Verbrechen vorkommen, in derselben Weise, als auch das objective Recht bei einem gegebenen Volke nur in dessen einzelnen positiven Gesetzen in die Erscheinung treten kann. Wenn das Verbrechen in einer Verletzung des Gesetzes bestehet, so werden die Verbrechen verschieden sein müssen je nach der Verschiedenheit der Gesetze, welche durch dieselben verletzt werden. Diese Verschiedenheit hat natürlich bei der Strafgesetzgebung Berücksichtigung finden müssen, sowohl hinsichtlich der Strafe, welche auf die einzelnen Verbrechen ge-

1) Dem Civilunrechte, welches auf dem Wege des Civilprocesses ausgeglichen wird, liegt auch eine Rechts- oder Zwangspflicht-Verletzung zu Grunde, ohne daß es deßwegen Verbrechen wäre. Der Grund ist, daß das Civilunrecht nur eine Verletzung des subjectiven, nicht auch des objectiven Rechtes ist, oder wenigstens in dieser letzteren Eigenschaft nicht nachgewiesen werden kann. Vergl. Abegg, §. 65. in der Note.

Digitized by Google

setzt ist, als auch bei Bestimmung des Thatbestandes derselben. Auch auf das Verfahren, nach welchem die Untersuchung gegen die einzelnen Verbrechen vor sich gehen soll, ist diese Verschiedenheit nicht ohne Einfluß gewesen [1]). Von solchen in den Strafgesetzen begründeten Verschiedenheiten der Verbrechen hat auch die Wissenschaft Veranlassung nehmen müssen, mannichfache Eintheilungen derselben aufzustellen. Man kann bei einer Eintheilung der Verbrechen von verschiedenen Gesichtspuncten und Theilungsprincipien ausgehen, wie auch dieselbe zu verschiedenen Zwecken vorgenommen werden kann. Für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande könnte aber nur eine solche Eintheilung ersprießlich sein, aus welcher für die einzelnen Bestandtheile desselben wesentliche Folgerungen abgeleitet werden könnten. Bei den meisten der gangbaren Eintheilungen des Verbrechens ist das nun nicht der Fall; daher braucht auf dieselben an diesem Orte nur so weit eingegangen zu werden, als daraus erkannt werden kann, daß sie für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande von keiner Bedeutung sind. Nur eine einzige dieser Eintheilungen ist für diese Lehre von wirklicher Bedeutung, ohne jedoch in derselben, wie es sich gebührt, anerkannt und hervorgehoben worden zu sein. Die minder bedeutenden Eintheilungen, welche hier nur kurz berührt werden können, sind folgende:

1) Die im römischen Rechte vorkommende Eintheilung in delicta juris naturalis und delicta juris civilis. Die Eintheilung hat keinen besonders tiefen Grund und beruhet darauf, daß einige Verbrechen allgemein schon durch das natürliche Gefühl als Verbrechen erkannt werden, an-

1) Abegg, a. a. O. §. 66.

Digitized by Google

dere dagegen ihren Character als solche erst durch die positive Satzung erhalten [1]). Philosophisch hat diese Eintheilung offenbar gar keinen Werth, da das Verbrechen nicht erst durch die Strafsatzung zum Verbrechen wird, sondern nur, weil es schon Verbrechen war, weil es eine Verletzung des Gesetzes oder des objectiven Rechtes enthielt, mit Strafe bedrohet worden ist. Dieser Grund und Character ist aber beiden Gattungen von Verbrechen gemeinschaftlich, und in sofern kann kein wirklicher Unterschied zwischen ihnen Statt finden, wie denn auch das natürliche Gefühl, wenn ihm ein Mal bewußt ist, daß die

1) L. 42. D. 50. 16. „Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis: utputa furtum, adulterium natura turpe est; enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis; nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.“ L. 1. §. 3. D. 47. 2. „... quod lege naturali prohibitum est admittere.“ Unter lex naturalis ist hier natürlich nicht zu verstehen, was Ulpian in l. 1. §. 3. D. 21. jus naturale nennt, nämlich das, quod natura omnia animalia docuit. Denn nach diesem freilich sehr sonderbar so genannten jus naturale würden wohl alle Verbrechen etwas Erlaubtes sein. Unter dem natura probrum oder lege naturali prohibitum ist vielmehr das Unrechte oder Unsittliche zu verstehen, welches schon von dem gesunden Verstande als solches erkannt wird. In der Regel wird damit auch das jus gentium übereinstimmen, wenigstens in soweit, als das in diesem Verbotene auch nach den Grundsätzen des Naturrechtes Unrecht sein wird. Umgekehrt braucht aber das natura probrum nicht immer im jus gentium verboten zu sein, wie z. B. die den Römern und anderen alten Völkern bekanntlich nicht unbekannte sodomia ratione generis sicherlich natura probrum ist, ohne daß das jus gentium davon handelte. Ein Verzeichniß der delicta juris gentium giebt übrigens Roßhirt, im N. A. des C. R. IX. S. 491 ff.

Digitized by Google

Verletzung des Gesetzes überhaupt verbrecherisch sei, dieses von jeder Verletzung desselben anerkennen muß. Der Unterschied könnte nur in einer Verschiedenheit der positiven Gesetze, welche durch das Verbrechen verletzt werden, beruhen, je nachdem dieselben entweder sich so sehr von selbst verständen, daß es zu ihrer Gültigkeit gar keiner positiven Satzung bedürfte, oder je nachdem dieses nicht der Fall wäre. Allein ein gegebenes Volk kann gar kein anderes Recht haben, als sein positives Recht, und dieses kann philosophisch nicht als ein Werk der Laune oder des Zufalles, das so oder auch anders sein könnte, angesehen werden, sondern nur als ein Product der Nothwendigkeit und des vernünftigen Gesammtwillens, so daß auch in dieser Beziehung ein wirklicher Unterschied der Gesetze und folgeweise der Verbrechen nicht anerkannt werden kann. Dagegen soll nicht geleugnet werden, daß sich nicht bei allen Gesetzen die Nothwendigkeit derselben dem gesunden Verstande in gleichem Maaße aufdrängt. Vielmehr giebt es Gesetze, welche Handlungen für unrechte erklären, die dem gesunden Verstande nicht ohne Weiteres als unrechte erscheinen, und folglich auch ohne besondere Kenntniß des Gesetzes nicht für unrechte gehalten werden können [1]). Andere Gesetze stimmen dagegen mit dem Gefühle für Recht und Unrecht, welches jeder Vernünftige hat, dermaßen überein, daß eine besondere Kenntniß derselben nicht erworben zu werden braucht, um ihnen nicht zuwider zu handeln. Will man nun Verbrechen, durch welche Gesetze der

1) Z. B. Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes, Verbot der Einfuhr oder Ausfuhr gewisser Waaren, Zollgesetze und dergleichen, während das Unrecht des Diebstahls, des Mordes, der Brandstiftung u. s. w. von selbst einleuchtet.

Digitized by Google

letzteren Art verletzt werden, delicta juris naturalis nennen, und Verbrechen, welche gegen Gesetze der anderen Art gerichtet sind, durch den Ausdruck delicta juris civilis bezeichnen, so ist an und für sich Nichts dagegen zu sagen; ein wirklicher Unterschied der Verbrechen, aus welchem eine Verschiedenheit der Rechtswidrigkeit, des dolus oder der culpa, soweit diese Merkmale im allgemeinen Theile in Betracht kommen, hervorginge, ist damit nicht gewonnen. Nur in sofern zu dem Verbrechen das Bewußtsein gehört, daß die Handlung eine unrechte sei, könnte dieser Unterschied von einiger Bedeutung sein; zwar nicht in dem Sinne, als ob das Unrecht oder auch nur die Kenntniß desselben bei der einen oder anderen Art verschieden wäre, sondern nur in der Beziehung, daß der Beweis dieser Kenntniß bei der einen Art der Verbrechen leichter geführt werden kann, als bei der anderen. Denn es liegt auf der Hand, daß dem Angeschuldigten, der sich auf error oder ignorantia juris beruft, eher geglaubt werden kann, wenn es sich um delicta juris civilis, als wenn es sich um Verbrechen der anderen Art handelt. Allein es ist ebenso klar, daß bei den Verbrechen der einen Art der Berufung auf Rechtsunwissenheit ebenso wenig ohne Weiteres Glauben geschenkt werden kann, als angenommen werden darf, daß bei Verbrechen der anderen Art Unwissenheit oder Irrthum über das Recht niemals Berücksichtigung verdiene. Es muß eben, soweit es für die Beurtheilung des Verbrechens darauf ankommt, ob der Handelnde Kenntniß seines Unrechtes gehabt habe, oder nicht, diese Kenntniß in der gehörigen Weise bewiesen werden [1]). Das gilt aber wiederum

1) Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß hier nicht die Rede ist von Kenntniß oder Nichtkenntniß des Rechtes und Un-

ganz gleich für beide Gattungen von Verbrechen, so daß auch hier aus dem Unterschiede keine weiteren Folgen hervorgehen. In der That wäre es auch schlimm, wenn der Unterschied von practischer Wichtigkeit wäre, da weder im römischen Rechte bestimmt angegeben ist, welche Verbrechen der einen oder der anderen Classe angehören, noch auch überhaupt die Gränze zwischen beiden mit vollkommener Schärfe gezogen werden kann [1]).

2) Die ebenfalls im römischen Rechte vorkommende Eintheilung in crimina publica und in delicta privata [2]), wobei gewöhnlich noch eine Unterabtheilung der ersteren in crimina ordinaria und extraordinaria gemacht wird [3]).

---

rechtes in Beziehung auf das Strafgesetz, da diese Kenntniß nicht zu dem dolus und überhaupt nicht zu dem Thatbestande des Verbrechens gehören kann. S. oben S. 99. Das Nähere darüber kann erst weiter unten, im dritten Capitel, entwickelt werden, wo ich auch gegen die Ansicht Roßhirts im N. A. des C. R. IX. S. 523. und Birnbaums, im N. A. des C. R. XI. S. 309. zeigen werde, daß die Lehre von der ignorantia juris allerdings mit der von dolus in Verbindung gebracht werden muß.

1) Vergl. Birnbaum, im N. A. des C. R. XI. S. 101 ff. und S. 295 ff. Heffter, ebendaselbst XII. S. 145 f.

2) L. 1. D. 48. 1. Non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt; ut Julia majestatis, Julia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficiis, Pompeja parricidii, Julia peculatiis, Cornelia de testamentis, Julia de vi privata, Julia de vi publica, Julia ambitus, Julia repetandarum, Julia de annona. Ein vollständigeres und ausführlicheres Verzeichniß der crimina publica ist in T. T. J. IV. 18. — L. 17. §. 13. D. 21. 2. Noxas accipere debemus privatas, hoc est, eas, quaecunque committuntur ex delictis, non publicis criminibus, ex quibus agitur judiciis noxalibus.

3) L. 1. l. 2. D. 47. 20. Actio stellionatus neque publicis

Digitized by Google

In neuerer Zeit hat Birnbaum darzuthun gesucht, daß überhaupt im römischen Rechte ein technischer Unterschied zwischen delicta publica und privata nicht bestanden habe, und daß die mit dem Worte crimen vorkommenden Ausdrücke publicum, privatum, legitimum, extraordinarium nicht als Bezeichnungen besonderer Verbrechensarten anzusehen seien [1]). Es scheint indessen bedenklich zu sein, dieser Behauptung, zu welcher er durch eine höchst sorgfältige Untersuchung über die Bedeutung des Wortes crimen gelangte, unbedingt beizutreten, da es zwar richtig ist, daß crimen in der erwähnten Zusammensetzung oft gar nicht soviel als Verbrechen, sondern soviel als Gericht oder Anklage bedeutet [2]), allein daneben nicht ge-

judiciis, neque privatis actionibus continetur; stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet. — L. 3. §. 2. eod. Poena stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit, solent autem extra ordinem plecti. — Die crimina extraordinaria werden übrigens nicht allgemein als eine Unterart der crimina publica aufgeführt, sondern auch als eigene Gattung hingestellt, wobei alsdann drei Classen von Verbrechen herauskommen, nämlich delicta publica, delicta extraordinaria und delicta privata. Das thut unter Anderen Hefftter in seinem Lehrbuche, S. 47. und es ist, strenge genommen, auch das Richtigere, da die delicta extraordinaria in den Quellen nirgends als eine Unterart der delicta publica bezeichnet werden und nur aus dem Grunde publica genannt werden können, weil sie, wie diese, mit einer öffentlichen Strafe belegt werden. Ohne Grund beziehen Martin §. 68. Note 5. und Abegg §. 66. die Eintheilung in crimina ordinaria und extraordinaria auch auf die delicta privata.

1) Im N. A. des C. R. VIII. S. 396 ff. S. 643 ff. IX. S. 339 ff.

2) Z. B. in l. 1. C. 9. 41. Crimen majestatis ad salutem principis pertinet, und in den oft vorkommenden Redensarten

leugnet werden kann, daß das Wort in dieser Zusammensetzung auch oft in dem Sinne von Verbrechen gebraucht wird [x]). Jedes Falles aber ist gewiß, daß dieser Eintheilung kein materialer Unterschied der Verbrechen zu Grunde liegt. Denn der Unterschied bezog sich nur auf das Verfahren und auf die Strafe; crimina publica (legitima s. ordinaria) waren diejenigen, auf welche in einer lex judiciorum publicorum öffentliche Strafe gesetzt war; crimina extraordinaria wurden ebenfalls mit öffentlicher Strafe belegt, aber nicht auf den Grund einer lex judiciorum publicorum, sondern extra ordinem, auf den Grund kaiserlicher Constitutionen oder auch nach Gewohnheitsrechte; delicta privata waren diejenigen, die, um eine Privatstrafe zu erhalten, in judiciis privatis verfolgt wurden, entweder mit einer actio popularis, zu welcher im Allgemeinen Jeder aus dem Volke befugt war, oder mit einer Privatklage, die nur von dem Betheiligten angestellt werden konnte. Für die Geschichte des Criminalrechtes ist die Betrachtung dieser verschiedenen Abtheilungen der Verbrechen von sehr großem Interesse, weil daraus in Beziehung auf die einzelnen Verbrechen der allmälige Entwickelungsgang erkannt werden kann, in welchem es einem Volke bewußt wird, daß die Verbrechen mit öffentlicher Strafe bestraft werden müssen. Denn die

---

crimen intendere, intentare, instituere, movere, instaurari, crimine teneri. Vergl. *de Hagen*, quale sit discrimen inter delicta publica tam ordin. quam extraord. atque privata, 1832. §. 5.

1) In den Redensarten, criminis reus, in crimine deprehensus, crimen objicere, probare. Vergl. *de Hagen*, l. c. §. 6. Auch hat Birnbaum dieses später selbst zugestanden im A. des C. R. neue Folge, Jahrgang 1835. S. 321 ff.

Digitized by Google

crimina extraordinaria sind zunächst solche Verbrechen, welche zur Zeit, da die leges judiciorum publicorum erlassen wurden, noch nicht in ihrer öffentlichen Strafbarkeit anerkannt waren, sondern für Privatdelicte gehalten wurden, und eben, weil man bei ihnen zu dieser Anerkenntniß später gelangte, als bei den Verbrechen, die in einer lex judiciorum publicorum bedrohet waren, in dieser selbst keine Aufnahme gefunden haben konnten. In je größerem Umfange man zu dieser Anerkenntniß gelangte und je mehr sich mithin das Gebiet der crimina extraordinaria erweiterte, desto geringer mußte natürlich die Zahl der Privatdelicte werden, wie es denn der natürliche Entwickelungsgang des Strafrechtes ist, daß die Privatdelicte und die Privatstrafen am Ende gänzlich verschwinden [1]). Für die Lehre vom Thatbestande ist aber diese Eintheilung ohne Bedeutung; denn auf keinen Fall kann daraus, daß bei gewissen Verbrechen die öffentliche Strafbarkeit eher anerkannt gewesen ist, als bei anderen, ein materialer Eintheilungsgrund für die Verbrechen hergenommen werden, aus welchem für die einzelnen Merkmale ihres Thatbestandes wesentliche Folgerungen hergeleitet werden könnten [2]).

1) Denn auf mehr als vollständige Entschädigung hat gerechter und verständiger Weise kein Beschädigter Anspruch. Von den römischen Privatstrafen haben auch nur wenige in Teutschland Eingang gefunden. Zwar ist die poena dupli und quadrupli beim Diebstahle noch in der Carolina A. 157 und 158. anerkannt. Allein es dürften sich wohl nicht viele Erkenntnisse nachweisen lassen, in welchen auf diese Strafen erkannt worden wäre. Vergl. jedoch *Gruner*, de poenis Rom. privatis, cap. 2. not. g, in Martins collect. diss. jur. crim. p. 98. Die Privatstrafe bei Injurien ist bekanntlich ebenfalls in vielen teutschen Ländern abgeschafft worden.

2) Es folgt dieses auch daraus, daß dasselbe Verbrechen nach

Digitized by Google

3) Die Eintheilung der Verbrechen in delicta communia und propria ist auch im römischen Rechte angedeutet [1]). In demselben kommt diese Eintheilung in Beziehung auf die Soldaten vor, je nachdem dieselben als solche delinquiren, so daß, wenn sie nicht Soldaten gewesen wären, ihre Handlung entweder gar kein oder wenigstens ein anderes Verbrechen sein würde, oder je nachdem sie eine Handlung begangen hatten, welche auch von einem Nichtsoldaten begangen, dasselbe Verbrechen gewesen sein würde [2]). In diesem Sinne hat die Eintheilung ihren guten Grund, indem darnach, wenn man von dem Militärverhältnisse eine analoge Ausdehnung auf andere öffentliche Dienstverhältnisse machte, unter delicta propria die besonderen Disciplinarverbrechen zu verstehen sein würden, durch welche ein Staatsdiener die durch das Gesetz ihm auferlegte und von ihm übernommene Dienstpflicht verletzte. Die Neueren haben aber den Begriff der delicta propria noch mehr

---

Wahl des Betheiligten entweder zum delictum privatum oder zum delictum extraordinarium gemacht werden konnte, l. 56. §. 1. D. 47. 2., und daß am Ende alle öffentlich strafbaren Verbrechen als crimina extraordinaria behandelt wurden. Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, erste Abtheilung, S. 46.

1) L. 2. D. 49. 16. Militum delicta sive admissa aut sunt propria aut cum caeteris communia, unde et persecutio aut propria aut communis est. Proprium militare delictum est, quod quis uti miles admittit. L. 6. pr. eod. „Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur; uti segnitiae crimen, vel contumaciae, vel desidiae.“

2) Z. B. l. 14. §. 1. D. 49. 16. „Arma alienasse grave crimen est, et ea culpa desertioni exaequatur“, während sich ein Anderer durch Veräußerung anvertraueter Waffen nur eines furtum schuldig gemacht haben würde.

Digitized by Google

generalisirt, und den Ausdruck für alle Verbrechen gebraucht, die nur von Beamten begangen werden können [1], oder gar in noch weiterem Sinne für alle Verbrechen, welche in einer Verletzung solcher Rechte, die nicht gegen den Bürger als solchen, sondern nur gegen die Glieder eines besonderen Standes begründet sind [2], oder in einer Verletzung solcher Pflichten bestehen, welche keine allgemeinen, sondern nur gewissen Personen obliegende sind [3]. In dieser Allgemeinheit hat aber der Begriff der delicta propria ebenso wenig bestimmte Gränzen und Bedeutung, als er unseren positiven Rechten gemäß sein dürfte. Denn es giebt viele Verbrechen, die nur von Beamten begangen werden können, ohne deßhalb als delicta propria hervorgehoben zu sein [4], und ebenso sind viele andere Verbrechen, welche Niemand für delicta propria ausgeben wird, nicht möglich, ohne daß sich der Handelnde in einem besonderen Stande oder in einem besonderen Verhältnisse befände, und dadurch besonderen Pflichten unterworfen wäre [5].

---

1) Martin, §. 211 und 217. Indessen gestehet Martin, §. 68. zu, daß diese Eintheilung nicht bestimmt begränzt sei.

2) Feuerbach, §. 25.

3) Hefftter, §. 31.

4) Z. B. l. 2. D. 48. 4. „Quive de provincia, cum ei successum esset, non discessit, ... l. 3. eod. .. qui injussu principis bellum gesserit, delectumve habuerit, exercitum comparaverit, ... quive imperium exercitumve populi Romani deseruerit" (lege Julia majestatis tenetur.) — L. 4. pr. D. 48. 8. Lege Cornelia de sicariis tenetur, qui cum in magistratu esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non sit.

5) Z. B. des Ehebruches und der Bigamie können sich, wenigstens zum einen Theile, nur Eheleute schuldig machen, des Incestes und Verwandtenmordes nur Verwandte, der Unterschla-

In wie weit aber jener engere und eigentliche Begriff der delicta propria für die Lehre vom Thatbestande von Bedeutung ist, wird weiter unten angegeben werden.

4) Die in den älteren Compendien vorkommende Eintheilung der Verbrechen in delicta saecularia, ecclesiastica und mixta verdankt ihre Entstehung der geistlichen Strafgerichtsbarkeit und ist mit dem Wegfallen derselben unpractisch geworden [1]). Die Eintheilung bezieht sich auf die Competenz der Gerichtsbarkeit, je nachdem einige Verbrechen bloß der Competenz des weltlichen, andere bloß der des geistlichen Gerichtes, und noch andere sowohl dieser, als jener unterworfen waren [2]).

5) In Hinsicht der Strafe unterschieden die Römer zwischen Capitalverbrechen und Nichtcapitalverbrechen [3]); ähnlich unterschied das ältere teutsche Recht zwischen Ver-

---

gung anvertraueten Gutes nur der Depositar u. s. w. Zwar ist richtig, daß Jedermann in diese Verhältnisse gerathen kann, und daß diese Verbrechen in sofern auch von Jedermann begangen werden können. Allein im Wesentlichen gilt das auch von dem Dienstverhältnisse der Beamten.

1) *Engau*, elem. jur. crim. §. 17. *Koch*, inst. jur. crim. §. 32.

2) Ein Theil der delicta ecclesiastica gehört zu den delicta propria, da sie ihren bestimmten Character dadurch erhalten, daß sie nur von Geistlichen begangen werden. Ein Verzeichniß der delicta ecclesiastica und mixta, welches 104 Nummern enthält, liefert übrigens *J. H. Boehmer*, jus eccles. Protest. Tom. IV. lib. V. tit. 1. §. 66.

3) L. 2. D. 48. 1. Publicorum judiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia; capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est, aquae et ignis interdictio; ... non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.

Digitized by Google

brechen, die an Hals und Hand gehen und zwischen Verbrechen, die an Haut und Haar gehen [1]); beide Arten von Verbrechen begreift die Carolina unter denjenigen, die „peinlich" zu bestrafen seien, während sie unter den bürgerlich zu bestrafenden nur solche zu verstehen scheint, wegen welcher der Beschädigte eine Geldstrafe in Anspruch nehmen konnte [2]). Mit dieser Verschiedenheit der Strafen, welche für die verschiedenen Verbrechen bestimmt sind, hängt die Eintheilung der Verbrechen in delicta atrocissima, atrociora und levia zusammen. Die älteren Criminalisten haben sich hin und wieder viele Mühe gegeben, die Gränze zwischen diesen verschiedenen Classen zu bestimmen, während von den Neueren mit Recht auf die ganze Eintheilung kein besonderes Gewicht gelegt wird. Daß im römischen Rechte mit atrox crimen, oder mit majus delictum ein besonderer technischer Begriff verbunden sei, und daß die crimina atrocia als solche bestimmte Eigenthümlichkeiten gehabt haben, läßt sich wohl nicht nachweisen [3]). Indessen waren die Glossatoren und die späteren

1) Sachsenspiegel, II. A. 13 und 26. Vergl. *Heineccius*, elem. jur. germ. II. pars II, §. 13.

2) P. G. O. Art. 104. 157. 158. In Art. 104. wird die Strafe an Leben, Ehre, Leib oder Gliedern peinliche Strafe genannt. Indessen ist wohl auch die Gefängnißstrafe nach der ganzen Fassung des Art. 157. unter die peinlichen Strafen zu rechnen. — Die Unterscheidung zwischen Criminalstrafen und bürgerlichen Strafen, die man heutiges Tages häufig macht, hat eine etwas andere Bedeutung, da sie sich auf die Behörde, welche die Strafe zu erkennen hat, beziehet.

3) Vielmehr scheint atrox, majus crimen nur so viel zu bedeuten, als schweres Verbrechen, ohne daß an eine bestimmte Gränze dabei gedacht wird; z. B. l. 5. §. 2. D. 48. 19. „Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittitur, an casu."

Digitized by Google

Practiker allerdings der Ansicht, daß das römische Recht zwischen delicta atrocia und levia technisch unterschieden, und nur für jene den Grundsatz aufgestellt habe, daß der Versuch derselben mit gleicher Strafe belegt werden solle, als die Vollendung [1]). Ueberdieß hatten viele Statuten den gefährlichen Grundsatz in sich aufgenommen, daß ausgezeichnet schwere Verbrechen als delicta excepta zu behandeln seien, indem dabei der Richter weniger streng an die Gesetze gebunden sei, als bei anderen Verbrechen und ihm sowohl während der Untersuchung, als bei dem Erkenntnisse gestattet sei, die Gesetze zum Nachtheile des Angeschuldigten zu überschreiten [2]). Daher wurde es von practischer Wichtigkeit, zu bestimmen, welche Verbrechen der einen, oder der anderen Classe angehörten. Die Practiker waren aber keines Weges darüber einverstanden und konnten nicht einverstanden sein, so lange sie nicht, wie Clarus und Carpzov, die Größe der Strafe, welche auf die verschiedenen Verbrechen stand, als Entscheidungsprincip annahmen [3]). Wie bereits bemerkt worden, hat

---

L. 157. D. 50. 17. „Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris, vel delicti, ignoscitur servis, si dominis obtemperaverint."

1) Meine Abhandlungen, Band I, S. 402 ff. Zachariä, a. a. O. §. 55 ff. § 88.

2) *Julius Clarus*, Sentent. lib. 5. §. 1. nr. 9. *Carpzov*, Pract. rer. crim. Pars III, qu. 102. nr. 57 ff. — Die Bedeutung, welche *Matthaeus*, de crim. Proleg. IV. nr. 14. den delicta excepta giebt, daß es diejenigen Verbrechen seien, welche ausgenommen seien von den Wohlthaten, welche die Gesetze bei anderen Verbrechen eintreten lassen, z. B. dem Asylrechte der Kirche, ist zwar die vernünftigere, aber nicht die historisch richtigere.

3) Ll. cc. Darnach waren delicta atrocissima Verbrechen,

aber die Eintheilung in neuerer Zeit ihre Bedeutung verlieren müssen, seit man die Unhaltbarkeit der Folgerungen erkannte, die man davon abhängig gemacht hatte. Immer aber liegt der Eintheilung etwas Wahres zu Grunde, daß nämlich nicht alle Verbrechen an Schwere und Strafbarkeit einander gleich geachtet werden können. Wie dieses schon der gesunde Rechtssinn eingiebt, und wie es auch die Gesetzgebung anerkennen muß, indem sie für die verschiedenen Verbrechen leichtere und härtere Strafen bestimmt, so macht es sich auch in unserem Sprachgebräuche geltend. Handlungen, welche ihren Urheber als sittlich entwürdigten Menschen darstellen, pflegen wir Verbrechen zu benennen, während wir andere strafbaren Handlungen, bei welchen dieses nicht der Fall ist, durch den Ausdruck Vergehen bezeichnen. Allein auch die Vergehen müssen in derselben Weise den verbrecherischen Character an sich tragen, als die eigentlichen Verbrechen, und daraus allein, daß diese schwerer und strafwürdiger sind, als jene, kann natürlich kein wesentlicher Unterschied für den allgemeinen Thatbestand derselben hervorgehen. Ueberdieß liegt der Unterschied zu sehr im bloßen Gefühle, als daß die Gränze zwischen beiden aus allgemeinen Gründen mit vollkommener Schärfe gezogen werden könnte. Auf jeden Fall wäre es für das gemeine Recht ein überflüssiger Versuch, die Gränzbestimmung zwischen beiden versuchen zu wollen, da gar keine practischen Folgen davon abhängen. Neuere Landesgesetze haben den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen in sich aufgenommen, und gewisse Strafen als Verbrechensstrafen, andere Strafen als Vergehensstrafen aus-

---

die mit einer qualificirten, atrociora oder atrocia, die mit einer einfachen Todesstrafe belegt wurden.

gegeben, oder auch für die Verbrechen ein anderes Verfahren und andere Behörden angeordnet, als für die Vergehen. Alsdann lässet sich zwar die Gränze zwischen beiden mit Genauigkeit angeben, da die einzelnen Verbrechen zu dieser oder jener Classe gerechnet werden müssen, je nachdem diese oder jene rechtlichen Folgen für dieselben eintreten; allein es wird dabei nicht ausbleiben können, daß diese positive Gränze nicht immer genau mit derjenigen zusammentrifft, welche durch natürliches Gefühl und Sprachgebrauch gezogen wird [1]).

6) Die Eintheilung in gesetzlich ausgezeichnete, Theils qualificirte, Theils privilegirte und in einfache Verbrechen, beziehet sich ebenfalls auf die Strafe, je nachdem auf einzelne Unterarten der Verbrechen entweder härtere oder gelindere Strafe stehet, als für die Gattung dieser Verbrechen die Regel ist [2]). Die Eintheilung hat allerdings in sofern Grund, als sich nicht leugnen läßt, daß einige Verbrechen härter oder gelinder bestraft werden, als andere, die unter denselben Gesammtnamen subsumirt werden können [3]). Allein man darf nicht vergessen, daß es nur etwas Aeußeres, gewisser Maßen Zufälliges ist, wenn sich dem Sprachgebrauche zufolge verschiedene Verbrechen unter einen Gesammtnamen begreifen lassen [4]). Denn qualificirte,

---

1) Vergl. Mittermaier, über den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen, im N. A. des C. R. II. S. 385 ff. IV. S. 629.

2) Wächter, §. 109. Martin, §. 70, §. 112, §. 146. Feuerbach, §. 26. §. 323.

3) Z. B. Einfacher Diebstahl, durch Einsteigen oder Brechen qualificirter Diebstahl, privilegirter Familiendiebstahl.

4) Die Römer hatten auch hier zum Theil eigenthümliche Benennungen, z. B. für qualificirte Diebstähle crimen effracto-

Digitized by Google

privilegirte und einfache Verbrechen, welche denselben Gattungsnamen führen, mögen sich zwar in einigen Merkmalen ihres Thatbestandes einander gleichen; allein sie sind auf jeden Fall von einander verschiedene Verbrechen, welche einen verschiedenen Thatbestand haben, und eben deßwegen mit verschiedener Strafe bedrohet worden sind *). Die an-

---

rum, directariorum, sacculariorum, für den privilegirten Diebstahl unter Ehegatten crimen rerum amotarum.

1) Man unterscheide aber wohl zwischen qualificirten und privilegirten Verbrechen und zwischen solchen Verbrechen, bei welchen wegen vorhandener Schärfungs- oder Milderungs-Gründe härtere oder gelindere Strafe eintreten muß. In beiden Fällen liegen Gründe vor, die Strafe zu schärfen oder zu mildern. Aber bei dem qualificirten oder privilegirten Verbrechen liegen die Schärfungs- oder Milderungs-Gründe in ihrem Thatbestande, bei den anderen Verbrechen dagegen außerhalb des Thatbestandes. Vergl. meine Abhandlungen, Band I, S. 438. Deßwegen konnte im Texte gesagt werden, die qualificirten und privilegirten Verbrechen seien von den einfachen verschiedene Verbrechen, da sie eben einen anderen Thatbestand haben, als diese. Der Thatbestand der Verbrechen geht aber von dem Verbrecher aus (S. oben S. 83.), so daß in den Thatbestand auch der qualificirten Verbrechen Nichts aufgenommen werden darf, als des Verbrechers rechtswidriges doloses oder culposes Thun oder Unterlassen und die dadurch bewirkte verbrecherische Erscheinung. Wenn dieses wahr ist, so ist es nicht ganz richtig, wenn, wie wohl einstimmig geschiehet, der s. g. dritte Diebstahl zu den qualificirten Diebstählen gerechnet wird. Denn der Umstand, daß der Verbrecher schon zwei Male wegen Diebstahls Strafe erlitten, oder daß er schon früher zwei Diebstähle begangen, kann doch auf keinen Fall für einen Bestandtheil des Diebstahls angesehen werden, der nun zur Bestrafung vorliegt. Der Rückfall oder die Wiederholung ist vielmehr nur ein Schärfungsgrund, wegen welches der an und für sich einfache Diebstahl härter gestraft werden muß. Das ist aber kein bloßer Wortstreit. Gehörte der Rückfall oder die Wie-

Digitized by Google

gegebene Eintheilung sagt daher eigentlich Nichts Weiteres, als daß die Verbrechen nach der Verschiedenheit ihres Thatbestandes verschieden bestraft werden. Aber diese Ver-

---

derholung zum Thatbestande, so müßte der dolus des Verbrechers auch darauf mit gerichtet gewesen sein, und dieser sich durch die, oftmals nicht unglaubhafte Behauptung, sich zur Zeit des Diebstahls seiner früheren Diebstähle oder Bestrafungen nicht bewußt gewesen zu sein, von der härteren Strafe befreien können. Betrachtet man ferner den Rückfall oder die Wiederholung als zum Thatbestande des s. g. dritten Diebstahls gehörig, so müßte die harte Strafe des Art. 162. unbedingt und regelmäßig eintreten, sowie dieser Thatbestand vorläge und Jemand zum dritten Male gestohlen hätte. Erblickt man aber darin, wie es geschehen muß, einen außerhalb des Thatbestandes liegenden Schärfungsgrund, so könnte die harte Strafe nur erkannt werden, wenn bei dem einzelnen Falle der Grund zuträfe, aus welchem Rückfall und Wiederholung für Schärfungsgründe erklärt worden sind, so oft nämlich auf die Unverbesserlichkeit des Diebes daraus geschlossen werden könnte. Und das ist doch ohne Zweifel das Menschlichere und Vernünftigere. — Auch bei anderen qualificirten Verbrechen wird der Thatbestand oftmals nicht richtig angegeben. So macht man allgemein zum Thatbestande des Verwandtenmordes das Erforderniß, daß zwischen dem Subjecte und dem Objecte des Verbrechens ein verwandtschaftliches Verhältniß Statt finde. Allein ein solches Verhältniß kann offenbar kein Theil eines Verbrechens sein. Zum Thatbestande des Verwandtenmordes gehört vielmehr nur die Absicht, einen Verwandten zu ermorden, so daß eines Theiles nicht immer Verwandtenmord vorliegt, wenn der Mord gegen einen Verwandten gerichtet gewesen war, und anderes Theiles auch noch von Verwandtenmord die Rede sein kann, wenn die Richtung der Handlung gegen eine nicht verwandte Person ging. Daß die volle Strafe nur eintritt, wenn wirklich ein Verwandter ermordet worden war, kann daran Nichts verändern. Denn der versuchte Verwandtenmord gehört doch auf jeden Fall auch zu dem Verwandtenmorde.

Digitized by Google

schiedenheit ist nicht die des allgemeinen, sondern die des besonderen Thatbestandes, woraus von selbst folgt, daß die angegebene Eintheilung für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande von keiner weiteren Bedeutung sein kann.

7) Die Eintheilung der Verbrechen in formale und materiale unterscheidet dieselben, je nachdem sie entweder durch die Form der Handlung, oder durch den Zweck bestimmt werden [1]). Allein die bloße Form der Handlung, z. B. Gewalt oder Täuschung, kann das Verbrechen niemals bestimmen, ebenso wenig, als dasselbe allein durch den Zweck des Thäters bestimmt werden kann. Denn das Verbrechen bestehet weder allein aus der Handlung, noch allein aus dem Zwecke, sondern, wo überhaupt ein bestimmter Zweck zu dem Verbrechen gehöret [2]), aus beiden zusammen, und erhält alsdann durch die Eigenthümlichkeit beider seine Bestimmung. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß bei einigen Verbrechen der Sprachgebrauch bei Benennung derselben vorzüglich von der Handlung ausgehet, durch welche dieselben hervorgebracht werden [3]), während er bei anderen sich hauptsächlich nach dem Zwecke richtet, den der Thäter gehabt hatte [4]); allein daraus folgt nicht, daß bei jenen Nichts auf den Zweck, der dem Handelnden

---

1) Klein, Grundsätze des peinl. R. §. 63.

2) Es giebt aber auch Verbrechen, welche weder einen bestimmten Zweck erfordern und also durch denselben nicht bestimmt werden können, noch auch eine bestimmte Form der Handlung voraussetzen; z. B. alle culposen Delicte. Auf diese paßt daher die ganze Eintheilung gar nicht, so daß dieselbe nicht ein Mal erschöpfend ist.

3) Z. B. falsum, Gewaltthätigkeit.

4) Z. B. Tödtung, Diebstahl.

Digitized by Google

vorgeschwebt hatte [1]), oder bei diesen Nichts auf die Handlung, deren sich der Handelnde zur Erreichung des Zweckes bedient hatte, ankäme, um das Verbrechen zu bestimmen [2]). Die ganze Eintheilung faßt also die Verbrechen nur von ihrer oberflächlichen, sprachlichen Seite auf, und kann daher weder überhaupt, noch namentlich für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande von einiger Erheblichkeit sein.

Mit dieser Eintheilung nicht ganz gleichbedeutend, aber verwandt ist die in einfache oder determinirte und in alternative oder vage Verbrechen, deren sich viele Neuere bedienen [3]). Determinirte Privatverbrechen sollen diejenigen sein, welche durch ihren Gegenstand und größtes Theiles

---

1) Klein selbst bemerkt §. 187, daß bei formalen Verbrechen der Zweck zu Bestimmung der Untergattung oder des Grades der Zurechnung in Betracht komme. So macht es einen Unterschied, ob die Fälschung geschiehet, bloß um sich durchzuhelfen, etwa an einem Passe, oder um sich zum Nachtheil des Publicums zu bereichern, durch Fälschung von Münze, Papiergeld oder Staatspapieren. Der Zweck kann selbst bewirken, daß die Fälschung gar nicht mehr als Fälschung in Betracht kommt, wenn z. B. in hochverrätherischer Absicht wichtige Urkunden des Staates verfälscht worden waren. Auch bei der Gewaltthätigkeit entstehen durch den Unterschied des Zweckes verschiedene Verbrechen, z. B. Selbsthülfe, Concussion, Entführung, Nothzucht, Raub u. s. w.

2) Bei der Tödtung kommt es z. B. darauf an, ob das Verbrechen durch Gift oder auf andere Weise, bei dem Diebstahle, ob er mit Waffen, durch Steigen oder Brechen, oder ob er auf andere Art verübt wurde.

3) Z. B. Martin, §. 176. Feuerbach, S. 150 und §. 388, der die vagen Verbrechen wieder in formelle und materielle eintheilt, und die Eintheilung auf alle Verbrechen erstreckt, während Martin sie nur für die Privatverbrechen gelten läßt. Grolman, §. 285.

Digitized by Google

zugleich durch die Wirkungen kenntlich werden, welche sie bei vorhandener Verbrechensvollendung an demselben erzeugen [1]). Von diesen sollen sich die vagen Verbrechen dadurch unterscheiden, daß ihr Begriff weder durch die Verschiedenartigkeit ihres Gegenstandes, noch durch die im einzelnen Falle hervorgebrachten Wirkungen, und bei einigen nicht ein Mal durch den Mangel alles nachtheiligen Erfolges verändert wird [2]). Allein auch abgesehen davon, daß die ganze Eintheilung so schwankend ist, daß dasselbe Verbrechen von den verschiedenen Rechtslehrern bald in die eine, bald in die andere Classe gesetzt wird [3]), ist noch zweierlei dagegen zu bemerken. Zuvörderst gilt gegen diese Eintheilung, soweit sie mit der bereits erwähnten Eintheilung in materiale und formale Verbrechen zusammentrifft, was gegen diese bemerkt worden ist. Denn, um es noch ein Mal zu sagen, es ist bloß dieselbe Benennung, nicht derselbe Begriff und Thatbestand, wenn pflichtwidrige, unwahre Angaben und Fälschung von Münzen, Gewicht, Waaren, Urkunden oder Gränzen unter dem Gesammt-

1) Zu den determinirten Verbrechen rechnet Martin die Verbrechen wider das Leben, die persönliche Freiheit, die Gesundheit, die Vermögensrechte und die Ehre; die Injurien aber machen in sofern wieder eine Ausnahme von den determinirten Verbrechen, als zu ihrem Thatbestande die Gewißheit wirklich erfolgter Ehre-Beschädigung oder Minderung nicht erforderlich ist. Martin §. 176. verglichen mit §. 164.

2) Indeterminirte Verbrechen sind nach Martin Brandstiftung, Ueberschwemmungsstiftung, Kindesaussetzung, Gewaltthätigkeit, Fälschung, Treulosigkeit.

3) Feuerbach, §. 360 ff. rechnet z. B. die Brand- und Ueberschwemmungsstiftung zu den determinirten Verbrechen. Vergl. hierüber vorzüglich Wächter in der Vorrede zu dem zweiten Theile seines Lehrbuches.

Digitized by Google

namen der Fälschung oder des falsum begriffen werden. Zweitens aber ist dagegen zu bemerken, daß bei dieser Eintheilung eine große Anzahl von Verbrechen nicht ohne Willkür gänzlich unberücksichtigt gelassen wird. Denn die versuchten determinirten Verbrechen lassen sich bei dieser Eintheilung nicht unter den Begriff der determinirten Verbrechen selbst subsumiren, da zu ihrem Begriffe und Thatbestande eine Wirkung an dem Gegenstande des Verbrechens nicht erforderlich ist; ebenso wenig passen aber dieselben unter den Begriff der vagen Verbrechen, da es zu ihrem Begriffe gehört, daß sie auf einen bestimmten Zweck oder Gegenstand gerichtet sind. Die versuchten Verbrechen müssen aber ebenso gut Verbrechen sein, als die vollendeten Verbrechen, weil sie sonst gar nicht mit Strafe belegt werden könnten. Rechnet man aber, wie man es füglich nicht anders kann, den Versuch der Tödtung, des Diebstahles u. s. w. ebenfalls zu den Verbrechen gegen das Leben oder die Vermögensrechte, so hören damit diese Verbrechen von selbst auf, determinirte in dem angegebenen Sinne zu sein. Daraus folgt, daß der ganzen Eintheilung jede reale Begründung abgehet.

8) Diese Bemerkung führt auf die Eintheilung in vollendete und versuchte Verbrechen. Man nennt das Verbrechen vollendet, wenn sämmtliche Merkmale vorliegen, welche die Gesetze zur Anwendung der ordentlichen Strafe erfordern; versucht, wenn zwar noch nicht die Gesammtheit dieser Merkmale, aber doch so viel von ihnen vorliegt, daß bereits ein Verbrechen dadurch gebildet wird, welches aber nach der Ansicht der Gesetzgebung nicht mit der ordentlichen Strafe des vollendeten Verbrechens belegt werden kann [1]).

1) Vergl. meine Abhandlungen, Band I, S. 38.

Für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande kann diese Eintheilung ebenfalls nicht von Bedeutung sein. Denn dieselbe beziehet sich nicht sowohl auf den Begriff und Thatbestand, als auf die Bestrafung der Verbrechen. Versuch und Vollendung können nämlich nicht anders gedacht werden, als in Beziehung auf ein und dasselbe Verbrechen [1]), so daß das versuchte Verbrechen, da es nothwendig auch Verbrechen sein muß, im Wesentlichen dasselbe Verbrechen sein muß, als das vollendete Verbrechen. Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung kann nur darin liegen, daß bei dieser noch ein Umstand hinzukommt, oder, was dasselbe ist, daß bei jenem noch ein Umstand fehlt, dessen Dasein oder Mangel zwar das Wesentliche des Verbrechens nicht verändert, aber doch, da es außerdem nicht von juristischem Interesse sein könnte, zwischen Versuch und Vollendung zu unterscheiden, den Einfluß hat, daß die härtere oder gelindere Strafe darnach bestimmt wird. Will man nun diesen Umstand, dessen Dasein die härtere Strafe veranlaßt, in den Thatbestand des Verbrechens aufnehmen, und will man ferner diese härtere Strafe für die ordentliche Strafe dieses Verbrechens ansehen, so erhält man dadurch einen Begriff des vollendeten Verbrechens, nach welchem es als nicht vollendetes oder als versuchtes Verbrechen erscheint, welches diese ordentliche Strafe nicht nach sich ziehen kann, wenn dieser Umstand mangelt, während die übrigen Merkmale dieses Verbrechens vorliegen. Es ist gegen diese Weise, sich den Begriff und Thatbestand des vollendeten Verbrechens zu bilden, um so weniger etwas zu erinnern, als die Gesetze selbst dazu die Veranlassung geben und auch in den meisten Fällen der Sprachge-

1) Meine Abhandlungen, a. a. O. S. 4.

Digitized by Google

brauch des gemeinen Lebens damit übereinstimmt [1]). Allein es ist dabei nicht außer Acht zu lassen, daß dieser Umstand, dessen Dasein die Vollendung des Verbrechens bildet, nicht zu dem Wesentlichen des Verbrechens gehören kann, daß vielmehr dieses Wesentliche schon im versuchten Verbrechen liegen muß. Daher lassen sich auch, und das ist eigentlich die richtigere Weise, die einzelnen Verbrechen so bezeichnen und benennen, daß Versuch und Vollendung in gleichem Maaße darunter begriffen werden. Und zu dem Begriffe und Thatbestande dieser Verbrechen kann alsdann das Merkmal oder der Umstand nicht mehr gehören, durch dessen Dasein der Versuch von der Vollendung unterschieden wurde [2]).

1) In Art. 178. der P. G. O. wird die Vollbringung der Missethat der Nichtvollbringung entgegen gesetzt. Bei vielen Verbrechen, z. B. Tödtung, Diebstahl, Raub, Ehebruch, Nothzucht u. s. w. liegt es schon in der Benennung, daß bei ihnen der Umstand vorausgesetzt ist, dessen Dasein die Vollendung des Verbrechens bildet. Denn dieser Umstand ist der äußere Erfolg, den das Verbrechen gehabt hat, und Niemand bedient sich jener Ausdrücke, ohne dabei an einen Erfolg zu denken. Es giebt freilich auch Verbrechen, bei welchen die gesetzliche Bestimmung über ihre Vollendung mit der des Sprachgebrauches nicht übereinstimmt, sondern wo dieselbe nach jener entweder eher oder später angenommen wird, als nach dieser. Z. B. die Brandstiftung ist gesetzlich bereits vollendet, wenn das angezündete Gebäude nur überhaupt Feuer gefaßt hatte, wenn es auch unmittelbar wieder ausgegangen sein sollte. Im gemeinen Leben denkt man aber bei Brandstiftung doch an einen größeren Erfolg. Umgekehrt spricht man im Leben schon von Fälschung, sobald nur die Veränderung mit den Urkunden, Waaren u. s. w. vorgenommen war. Gesetzlich ist aber die Fälschung erst vollendet, nachdem von den veränderten Gegenständen Gebrauch gemacht worden war. Vergl. meine Abhandlungen, a. a. O. S. 10 und 493.

2) Man braucht nur für Tödtung zu sagen Verbrechen gegen

9) Die Eintheilung der Verbrechen in Privatverbrechen und in Staatsverbrechen unterscheidet die Verbrechen, je

---

das Leben, für Diebstahl Verbrechen gegen die Vermögensrechte, für Ehebruch Verbrechen gegen die Ehe u. s. w. Man sollte eigentlich auch so sagen, da der Ausdruck „Tödtung" „Diebstahl" u. s. w. offenbar zu eng ist, um alle verbrecherischen Handlungen derselben Art zu bezeichnen. An und für sich kommt freilich nicht viel darauf an, ob man sich in dieser oder in jener Weise ausdrückt, wenn man nur nicht vergißt, daß der Versuch des vollendeten Verbrechens auch strafbar ist, und daß das, wodurch das Verbrechen zum vollendeten wird, nicht das Wesentliche des Verbrechens sein kann. Aber die Gewohnheit, sich das Verbrechen nur als vollendetes zu denken und den Thatbestand nur nach der Vollendung zu bestimmen, bewirkt leicht, daß man es vergißt und zu unrichtigen Resultaten gelangt. So sagt man allgemein, zu dem Thatbestande der Tödtung gehöre ein lebendiger Mensch, zu dem des Diebstahles eine fremde Sache als Object des Verbrechens, weil Tödtung eines todten Menschen und Diebstahl eigener Sachen nicht möglich seien. Daraus schließen nun Viele, daß auch kein Versuch dieser Verbrechen begangen werden könne, wenn es an diesem wesentlichen Requisite ihres Thatbestandes fehle. Allein gerade daraus, daß auch der Versuch dieser Verbrechen strafbar ist, daß also auch noch ein Verbrechen angenommen wird, obgleich der Verbrecher einen lebenden Menschen nicht getödtet oder eine fremde Sache nicht an sich gebracht hatte, folgt nothwendig, daß die Tödtung eines lebenden Menschen und das Aneignen einer fremden Sache nicht wesentlich zu dem Thatbestande dieser Art von Verbrechen gehöre. — Auch nachdem ich die Abhandlung von Zachariä, §. 134 ff. gelesen habe, kann ich von meiner, S. 285 ff. und S. 475, meiner Abhandlungen entwickelten Ansicht nicht zurückgehen. Seitdem ist ein anderes Werk erschienen von Pfotenhauer, der Einfluß des factischen Irrthumes auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, Leipzig 1838, in welchem die Streitfrage über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen abermals ausführlich besprochen

Digitized by Google

nachdem sie gegen die Rechte von Privatpersonen gerichtet sind, oder je nachdem das nicht der Fall ist [1]). Anders, als in der angegebenen negativen Art läßt sich der Begriff der Staatsverbrechen nicht bestimmen, wenn überhaupt die Eintheilung erschöpfend sein und der Begriff der Staatsverbrechen nicht gänzlich wieder aufgehoben werden soll. Denn wenn man, wie Feuerbach [2]), Staatsverbrechen diejenigen nennen will, durch welche Rechte des Staates unmittelbar verletzt werden, so bestehet bei vielen Staatsverbrechen, namentlich bei allen so genannten Polizeiverbrechen, die dem Staate zugefügte Rechtsverletzung nur darin, daß durch dieselben das ihm ohne Zweifel zustehende Recht auf Gehorsam gegen seine Gesetze verletzt worden war [3]). Es ist aber klar, daß in diesem Sinne auch alle so genannten Privatverbrechen Staatsverbrechen genannt werden können. Denn auch durch jedes Privatverbrechen wird ein Gesetz verletzt, dessen Befolgung der Staat wohl ebenso

---

wird. Der Verfasser macht gegen meine Ausführung im Einzelnen mehrfache Ausstellungen, die ich, wenigstens theilweise, als nicht unbegründet zugestehe. Im Resultate aber scheint er ziemlich mit mir einverstanden zu sein. S. 159 und vorzüglich S. 188 f. der angeführten Schrift.

1) Martin, §. 68.

2) Lehrbuch, §. 23.

3) Martin, §. 201. rechnet die Polizeiverbrechen zu den Verbrechen gegen die Staatsverwaltung, indem durch dieselben die Ausübung der Polizeigewalt gestört werde. Allein es scheint einiger Maßen gezwungen zu sein, anzunehmen, daß durch die Unzuchtsverbrechen die Ausübung der Staatsgewalt in einem ihrer Zweige gestört werde. Ueberdieß würden darnach alle Privatverbrechen für Verbrechen gegen die Staatsverwaltung ausgegeben werden können, da sie auf jeden Fall der Sicherheitspolizei zuwider laufen würden.

Digitized by Google

gut zu fordern berechtigt war, als bei den Polizeigesetzen. Dagegen kann nicht geleugnet werden, daß, abgesehen von diesem Rechte auf Gehorsam gegen die Gesetze, welches durch alle Verbrechen in gleicher Weise verletzt wird, durch einige Verbrechen der Staat eine unmittelbare Rechtsverletzung erleidet [1]), während durch andere Verbrechen Privatpersonen in ihren Rechten unmittelbar verletzt werden [2]). Wollte man aber die Eintheilung in Staatsverbrechen und in Privatverbrechen darnach bestimmen, so würde dieselbe sich nicht auf alle Verbrechen erstrecken, da durch die Polizeiverbrechen weder dem Staate noch den Einzelnen eine Rechtsverletzung in diesem Sinne zugefügt wird. Auf keinen Fall kann die Eintheilung für den allgemeinen Thatbestand von Wichtigkeit sein, da sie die Verbrechen nur nach der Verschiedenheit des subjectiven Rechtes auffasset, welches durch dieselben verletzt wird, und da es nicht diese, sondern die Verletzung des objectiven Rechtes ist, worin der Character des Verbrechens bestehet. Es kann daher auch Nichts daran gelegen sein, nach diesem Principe noch eine dritte Classe von Verbrechen aufzustellen, welche diejenigen in sich begreifen soll, durch welche Rechte des Staates und der Individuen gleich unmittel-

1) Z. B. durch Hochverrath, Beleidigung öffentlicher Beamter als solcher, Verbrechen am Vermögen des Staates. Man unterscheidet wieder zwischen Staatsverbrechen im weitesten, im weiteren und im engeren oder engsten Sinne. Unter diesen versteht man die Verbrechen, welche gegen das Dasein und Fortbestehen des Staates in seiner bisherigen Verfassung gerichtet sind; im weiteren Sinne nennt man diejenigen Staatsverbrechen, durch welche öffentliche Rechte des Staates, im weitesten Sinne, durch welche auch Privatrechte desselben verletzt werden.

2) Z. B. Tödtung und Diebstahl.

bar verletzt werden[1]), oder welche nicht allein eine Verletzung der Zwangspflichten gegen einzelne Staatsglieder enthalten, sondern zugleich das öffentliche Wohl auf eine solche Art gefährden, daß auch eine unmittelbare Störung von Polizeianordnungen oder sonstigen Maaßregeln der Staatsverwaltung in denselben vorliegt[2]).

Das Bisherige genügt über die angegebenen Eintheilungen der Verbrechen. Daß das Verzeichniß der Eintheilungen ganz vollständig gegeben sei, soll gerade nicht behauptet werden. Vielmehr werden sich in den Werken einzelner Criminalisten noch einzelne Eintheilungen nachweisen lassen, deren hier keine Erwähnung gethan ist. Dieselben sind aber entweder kaum eigentliche Eintheilungen der Verbrechen zu nennen[3]), oder so unerheblich, daß füglich dar-

1) Henke, Handbuch, Band I, S. 387. Z. B. Fälschung öffentlicher Urkunden oder des Geldes, in sofern dadurch bereits ein Schaden am Vermögen gestiftet worden war.

2) Martin, §. 288.

3) Dahin gehört namentlich die Eintheilung in einfache und zusammengesetzte Verbrechen, je nachdem in einer und derselben Handlung entweder die Uebertretung nur eines Gesetzes oder die Uebertretung mehrerer Gesetze enthalten ist. (Z. B. Beischlaf mit einer verheiratheten Verwandten, wodurch Ehebruch und zugleich Incest begangen wird.) Allein, wenn jede Uebertretung des Gesetzes ein Verbrechen bildet, so bestehet das zusammengesetzte Verbrechen eben aus zwei Verbrechen, so daß zwischen einfachen und zusammengesetzten Verbrechen kein anderer Unterschied ist, als zwischen einem Verbrechen und zwischen zwei Verbrechen. — Ebenso ist die Eintheilung in fortgesetzte und in wiederholte Verbrechen keine eigentliche Eintheilung. Man nennt fortgesetzte Verbrechen diejenigen wiederholten verbrecherischen Handlungen, welche zusammen genommen nur ein Verbrechen bilden, wie z. B. mehrfache eheliche Untreuen nur einen Ehebruch ausmachen; wiederholt nennt man dagegen die Verbrechen, wenn die wieder-

über hinweg gegangen werden kann [1]). Dagegen ist bisher von drei Eintheilungen aus dem Grunde noch keine Rede gewesen, weil von denselben in dem Folgenden wird gesprochen werden müssen. Zwei dieser Eintheilungen beziehen sich aber nicht auf sämmtliche, sondern nur auf einzelne Merkmale des allgemeinen Thatbestandes. Deßwegen kann von denselben erst die Rede sein, wenn, dem früher angegebenen Plane zufolge, die Erörterung dieser einzelnen Merkmale an die Reihe kommt. Diese Eintheilungen sind die in Begehungsverbrechen, delicta commissionis, und in Unterlassungsverbrechen, delicta omissionis, und die Eintheilung in dolose Verbrechen und in cul-

---

holten verbrecherischen Handlungen für verschiedene Verbrechen angesehen werden müssen, wenn sich z. B. Jemand mehrfacher Diebstähle schuldig gemacht hat. Es ist, auch practisch, von äußerster Wichtigkeit, das fortgesetzte Verbrechen mit dem wiederholten nicht zu verwechseln. Allein der Unterschied zwischen beiden kann nicht als Eintheilung der Verbrechen angesehen werden, da er nur darin bestehet, daß bei fortgesetzten nur von einem, bei wiederholten Verbrechen dagegen von mehreren die Rede ist. —

1) Z. B. die bei den Aelteren vorkommende Eintheilung in delicta nominata und innominata, je nachdem die Verbrechen ein particulare nomen juris (wie z. B. furtum, adulterium), oder je nachdem sie nur ein nomen facti haben (wie z. B. verberare, percutere, ingredi domum alienam). Vergl. *Julius Clarus*, lib. V. §. 1. nr. 8. — Von der Eintheilung in delicta notoria und occulta und in delicta facti permanentis und facti transeuntis ist schon in der Einleitung ausführlicher die Rede gewesen. S. oben S. 17. Note 1, S. 29 ff. — Ueber die Eintheilung des älteren teutschen Rechtes in handhafte Verbrechen, delicta manifesta, und in nicht handhafte, delicta pernoctata, je nachdem der Verbrecher auf der frischen That ergriffen wurde, oder nicht, vergl. Sachsenspiegel, lib. II. Art. 35 und 36.

Digitized by Google

pose Verbrechen. Die erstere unterscheidet die Verbrechen, je nachdem die Handlung, durch welche das Verbrechen begangen wurde, in positiver Thätigkeit oder in bloßem Unterlassen bestand; daher wird dieselbe erst in der zweiten Abtheilung dieses Capitels ausführlicher besprochen werden können. Die letztere bezieht sich auf den rechtswidrigen Willen, der dem Verbrechen zum Grunde lag, und wird, wie bereits in dem Früheren angegeben worden ist, den Gegenstand des dritten Capitels dieser Abhandlung ausmachen.

Die dritte dieser noch nicht besprochenen Eintheilungen der Verbrechen ist dagegen diejenige, von welcher in dem Früheren gesagt worden ist, daß sie für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande wirkliche Bedeutung habe [1]). Denn dieselbe unterscheidet die Verbrechen nach der Verschiedenheit des letzten Grundes, aus welchem sie ihre Eigenschaft als Verbrechen erhalten. Es kann aber nicht anders sein, als daß diese Eintheilung auf die einzelnen Bestandtheile des allgemeinen Thatbestandes von wesentlichem Einflusse sein müsse. Denn der Thatbestand des Verbrechens kann seine nothwendigen Bestandtheile, wie sie früher angegeben worden sind [2]), bloß deßwegen haben, weil in ihrer Vereinigung der Grund liegt, aus welchem überhaupt die Verbrechen für Verbrechen erklärt worden sind. Die einzelnen Bestandtheile des allgemeinen Thatbestandes erscheinen daher als das Begründete, des Grundes nämlich, aus welchem das Verbrechen seinen Character als solches erhalten hat. Daraus folgt aber nothwendig, daß die einzelnen Bestandtheile des allgemeinen Thatbestandes

1) S. oben S. 138.
2) S. oben S. 73.

Digitized by Google

einen verschiedenen Character haben müssen, je nachdem der Grund verschieden ist, auf welchem es beruhet, daß durch ihre Vereinigung das Verbrechen gebildet wird. Denn Verschiedenheit des Grundes muß Verschiedenheit des Begründeten nothwendiger Weise nach sich ziehen. Es wird daher darauf ankommen, nachzuweisen, daß in der That der Grund, aus welchem die Verbrechen für Verbrechen erklärt worden sind, nicht durchaus derselbe ist, sondern daß hier ein Unterschied obwaltet, aus welchem eine einflußreiche Eintheilung der Verbrechen hervorgehet.

Es ist zwar schon wiederholt bemerkt worden, daß der Character des Verbrechens in der Verletzung des Gesetzes oder des objectiven Rechtes liege, und daß diese Verletzung der Grund sei, aus welchen die Verbrechen für Verbrechen erklärt worden seien [1]). Dieser Grund ist aber für alle Verbrechen durchaus derselbe, so daß hier die gesuchte Verschiedenheit des Grundes, aus welcher die fragliche Eintheilung der Verbrechen hervorgehen soll, nicht liegen kann. Es ist aber gleichfalls schon angedeutet worden, daß dieser Grund, die Verletzung des objectiven Rechtes nämlich, nur der nächste Grund des Verbrechens sei [2]). Daher ist nicht ausgeschlossen, daß das Verbrechen nicht noch einen entfernteren Grund haben, und daß die gesuchte Verschiedenheit des Grundes nicht bei diesem Statt finden könne.

Man braucht, um diese Verschiedenheit zu finden, nur einen Schritt weiter zurück zu gehen und zu fragen, aus welchem Grunde das Verbrechen eine Verletzung des objectiven Rechtes bilde und worin diese Verletzung bestehe.

---

1) S. oben S. 129 ff.

2) S. oben S. 125 unten und Note 1.

Digitized by Google

Für die Beantwortung dieser Frage kann hier Bezug genommen werden auf das, was in dem Früheren über den allgemeinen objectiven Character des Verbrechens angedeutet worden ist [1]). Dort ist gesagt worden, daß die in den Quellen unseres gemeinen Rechtes dafür erklärten Verbrechen entweder Rechtsverletzungen und deren Versuche seien, oder Unsittlichkeiten und andere Handlungen, welche wenn auch nicht geradezu unsittlich, doch aus politischen Gründen als verwerflich erscheinen [2]). Alle diese Arten der Verbrechen aber, ist dort weiter bemerkt worden, seien gleichmäßig eine Verletzung des objectiven Rechtes. Es ist jedoch klar, daß der Grund, aus welchem sie es sind, nicht bei allen derselbe ist. Die Verbrechen der einen Art würden keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, mit anderen Worten, würden gar nicht Verbrechen sein, wenn nicht in ihnen eine entweder vollendete oder versuchte Verletzung fremder Rechte läge. Es ist zwar damit nicht gesagt, daß jede Verletzung fremder Rechte ein Verbrechen bilde, da das Civilunrecht, welches seinen Urheber nur zur Entschädigung verpflichtet, zwar auch Rechtsverletzung, aber nicht Verbrechen ist; ebenso wenig ist damit gesagt, daß immer eine Rechtsverletzung vorliegen müsse, um ein Verbrechen dieser Art herzustellen, da außerdem die versuchte Rechtsverletzung nicht mit Strafe bedrohet sein könnte. Allein jedes Falles liegt der Grund, aus welchem durch Verbrechen dieser Art das objective Recht verletzt wird, darin, daß sie auf eine Verletzung fremder, subjectiver Rechte gerichtet gewesen waren [3]).

---

1) S. oben S. 117 ff.

2) S. oben S. 123.

3) Von welcher Art und welchem Inhalte diese Rechte seien,

Digitized by Google

Durch Verbrechen der anderen Art dagegen, durch Unsittlichkeiten nämlich und andere politisch verwerfliche Handlungen, wird an und für sich Niemand in seinem Rechte verletzt, wie denn auch die ganze Richtung solcher Handlungen gar nicht auf Verletzung fremder Rechte gehet. Man könnte vielleicht einwenden, daß, wenngleich kein Einzelner, wenigstens der Staat durch Verbrechen dieser Art verletzt werde, in dem Rechte auf Gehorsam nämlich, welches er in Beziehung auf seine Gebote und Verbote unzweifelhaft in Anspruch nehmen darf [1]). Allein dieses Recht auf Gehorsam stehet dem Staate auf jeden Fall zu in Beziehung auf seine sämmtlichen Gesetze, auch auf diejenigen, durch welche es verboten ist, Andere in ihren Rechten zu verletzen. Daher würde der Staat auch durch solche Verbrechen, deren Richtung auf die Verletzung fremder Rechte ging, in dem Rechte auf Gehorsam gegen seine Gesetze in gleichem Maaße verletzt werden [2]). Bei diesen Verbrechen, welche, weil sie auf eine Verletzung fremder Rechte gerichtet sind, nach einem gangbaren Ausdrucke Rechtsverbrechen genannt werden mögen, ist aber nicht die Verletzung dieses Gehorsamsrechtes der Grund, aus welchem eine Verletzung des objectiven Rechtes oder des

---

ist für den allgemeinen Begriff und Character dieser Verbrechen gleichgültig. Ebenso wenig kommt es für diesen allgemeinen Begriff darauf an, wem diese Rechte zustehen, ob einzelnen physischen und moralischen Personen, oder dem Staate als Ganzem. Nur für den besonderen Begriff und Thatbestand der einzelnen Verbrechen ist der Inhalt und das Subject des Rechtes, auf dessen Verletzung das Verbrechen gerichtet ist, von Bedeutung.

1) Feuerbach, §. 22. Vergl. was oben S. 128, Note 1, darüber bemerkt worden ist.

2) S. oben S. 162.

Digitized by Google

Gesetzes durch sie begangen wurde. Dieser Grund liegt vielmehr nur darin, daß durch sie eine Rechtsverletzung, welche eben durch das objective Recht verboten ist, entweder vollbracht, oder wenigstens beabsichtigt war. In derselben Weise kann auch bei den Verbrechen der anderen Art, welche keine Rechtsverletzung enthalten und Gesetzesverbrechen genannt werden mögen [1]), der Grund, aus welchem das objective Recht durch sie verletzt wird, nicht in der Verletzung dieses Rechtes auf Gehorsam bestehen. Denn das Recht auf Gehorsam kann gar nicht als selbstständiges Recht gedacht werden, woraus von selbst folgt, daß ebenso wenig eine selbstständige Verletzung dieses Rechtes möglich ist. Das Recht auf Gehorsam hat vielmehr ein Gesetz, gegen welches dieser Gehorsam eben beobachtet werden soll, zu seiner nothwendigen Voraussetzung, und deßwegen kann dieses Recht auch nicht anders, als durch Verletzung dieses Gesetzes verletzt werden. Daraus folgt aber, daß dieses Recht auf Gehorsam nur aus dem Grunde als verletzt angesehen werden kann, weil das Gesetz verletzt worden war, dem der Gehorsam geleistet werden sollte, und daß nicht umgekehrt gesagt werden kann, daß das Gesetz oder das objective Recht aus dem Grunde gebrochen worden sei, weil jenes Recht auf Gehorsam verletzt worden. Mit anderen Worten, jenes Recht auf Gehorsam ist nicht Grund, sondern nur Folge des Gesetzes, und ebenso ist die Verletzung dieses Rechtes durch das Verbrechen nicht Grund, sondern nur Folge der Gesetzesverletzung, welche durch das Verbrechen begangen wird. Folglich kann in keiner Weise, weder in Beziehung auf Einzelne, noch in Beziehung auf

1) Die Rechtfertigung dieses Ausdruckes wird weiter unten erfolgen.

Digitized by Google

den Staat, gesagt werden, daß die Verletzung eines Rechtes der Grund sei, aus welchem durch die Gesetzesverbrechen eine Verletzung des objectiven Rechtes begangen werde[1]).

Dieser Grund kann vielmehr nur darin liegen, daß es positiv verboten war, diese Handlungen zu begehen, und daß, wenn dieselben dennoch begangen werden, dieses Verbot gebrochen wird. Denn diese Handlungen würden nicht Verbrechen sein, wenn sie nicht verboten wären, in derselben Weise, in welcher von keinen Rechtsverbrechen die Rede sein könnte, wenn dieselben nicht auf die Verletzung fremder Rechte gerichtet gewesen wären. Auf welchem Grunde im Besonderen dieses Verbot beruhet, ob in Vorschriften der Moral, oder in Rücksichten der Politik und des gemeinen Wohles, oder in beiden zugleich, ist eine Frage, auf die dabei nicht weiter eingegangen zu werden braucht. Mag das Eine oder das Andere der Fall gewesen sein, auf jeden Fall darf behauptet werden, daß die verbotenen Handlungen für unverträglich mit der gesellschaftlichen Ordnung und dem vernunftgemäßen Zusammenleben der Menschen gehalten worden sind, und der Beweis dafür liegt gerade in dem Verbote selbst, welches sonst ohne Grund erlassen worden wäre. Allein es ist gleichgültig, nach diesem Grunde weiter zu forschen, da nicht in ihm, sondern nur in dem Bruche des Verbotes der Grund liegen kann, aus welchem durch die Gesetzesverbrechen eine

1) Wäre die Verletzung dieses Rechtes auf Gehorsam der Grund des Verbrechens, so müßte man consequenter Weise zu dem Grundsatze kommen, daß alle Verbrechen einander gleich seien. Denn dieses Recht erstreckt sich in gleichem Maaße und in gleicher Stärke auf alle Gesetze, und wird folglich durch alle Verbrechen in gleicher Weise verletzt. Vergl. auch Abegg, §. 64.

Digitized by Google

Verletzung des objectiven Rechtes begangen wird. Denn jener Grund, welcher dem Verbote seine Entstehung gab, würde immer da sein, auch wenn das Verbot selbst nicht erlassen worden wäre, und dennoch würde alsdann dieselbe Handlung nicht für ein Verbrechen angesehen werden können. Auch ist das Verbot als solches durchaus dasselbe, mögen diese oder jene Rücksichten zu seiner Entstehung mitgewirkt haben [1]), in derselben Weise, wie auch das subjective Recht als solches keine Verschiedenheit des Characters dadurch erhalten kann, daß es aus dieser oder aus jener Entstehungsursache hervorgegangen war [2]).

Auf diese Weise zerfallen die Verbrechen nach der Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie Verbrechen sind, in zwei Classen. Die Verbrechen der einen Classe, die Rechtsverbrechen, enthalten eine Verletzung des objectiven Rechtes, weil sie auf eine Verletzung subjectiver Rechte gerichtet sind. Das objective Recht oder das allgemeine Gesetz, welches die Verbrechen dieser Art verbietet, lautet, daß Keiner den Anderen in seinen Rechten verletzen dürfe. Durch die Verbrechen dieser Art wird daher zwar auch ein Verbot verletzt, und gerade in dieser Verletzung bestehet zunächst das Verbrechen; aber das Ver-

1) Bei manchen Gesetzesverbrechen sind die Gelehrten bis auf den heutigen Tag nicht einig, aus welchem Grunde dieselben verboten seien; z. B. ob bei dem Inceste ein horror naturalis, oder die Rücksicht auf die leichtere Gelegenheit zur gegenseitigen Verführung, oder die Familieneinheit, welche nicht eine abermalige Verbindung gestatte, dem Gesetzgeber Veranlassung gewesen sei, incestuose Verbindungen weit härter anzusehen, als andere Geschlechtsvereinigungen.

2) Ob z. B. der Eigenthümer sein Recht aus einem ursprünglichen oder aus einem abgeleiteten Titel herleitet, hat auf die Natur seines Eigenthumsrechtes keinen Einfluß.

Digitized by Google

bot kann nicht anders verletzt werden, als durch die Richtung der Handlung auf die Verletzung subjectiver Rechte, und deßwegen liegt hierin der zwar entferntere, aber eigentliche Grund dieser Verbrechen. Die Verbrechen der anderen Classe, die Gesetzesverbrechen, enthalten eine Verletzung des objectiven Rechtes, weil die Verletzung eines Verbotes durch dieselben begangen wird. Das objective Recht oder das allgemeine Gesetz, welches die Verbrechen dieser Art verbietet, lautet, daß Niemand die in dem Verbote bezeichnete Handlung begehen dürfe. Dieses Verbot kann nicht anders verletzt werden, als eben durch die Begehung der verbotenen Handlung, und deßwegen liegt, wie bei den Rechtsverbrechen in der Richtung der Handlung auf die Rechtsverletzung, bei ihnen der entferntere und eigentliche Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, eben in dieser Begehung. Allein bei ihnen, den Gesetzesverbrechen, liegt auch der nächste Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, in dieser Begehung. Denn dieser nächste Grund ist kein anderer, als daß das objective Recht, welches verbietet, eine verbotene Handlung zu begehen, durch dieselben verletzt wird. Dieses nämliche Verbot ist aber schon in dem Verbote selbst seinem Begriffe nach enthalten, so daß bei den Gesetzesverbrechen in Eins zusammenfällt, was bei den Rechtsverbrechen als nächster und entfernterer Grund unterschieden wurde, aus welchem sie für Verbrechen erklärt worden seien.

Diese Eintheilung der Verbrechen in Rechtsverbrechen und in Gesetzesverbrechen trifft zum Theil zusammen mit der Eintheilung in Rechtsverbrechen und in Polizeiverbrechen, welche sich in fast allen unseren Lehrbüchern findet[1]).

1) Vergl. Wächter, §. 62.

Man kann den Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und zwischen Polizeiverbrechen nach einem doppelten Gesichtspuncte, einem formalen nämlich und einem materialen, bestimmen wollen. Nach dem formalen Gesichtspuncte gehet man bloß von der Art des Gesetzes aus, in welchem eine Handlung oder Unterlassung mit Strafe bedrohet ist, je nachdem dasselbe den Namen „Polizeigesetz" führt oder nicht [1]). Der Unterschied kann zwar gemacht werden, da sich in der That von den gemeinrechtlichen Strafgesetzen einige den Titel Polizeiordnung beilegen, während die wichtigste der einheimischen Strafrechtsquellen sich peinliche Gerichtsordnung nennt. Allein auch wenn dieser formale Unterschied in unserem gemeinen Rechte consequent durchgeführt wäre, was er nicht ist [2]), so würde doch gar Nichts mit demselben gewonnen sein, wenn nicht nachgewiesen werden könnte, daß er auf einem materialen Grunde beruhe [3]).

---

1) Martin, §. 21, a. E.

2) Denn in den Polizeiordnungen werden oftmals dieselben Handlungen, deren auch die P. G. O. Erwähnung thut, mit Strafe bedrohet; z. B. Gotteslästerung, P. G. O. Art. 106, verglichen mit der Reformation guter Polizei von 1530, §. 1. Ehebruch, P. G. O. Art. 120, vergl. mit Reform. tit. 33. Kuppelei, P. G. O. Art. 123, vergl. mit Reform. eod. §. 3. — Der Begriff der Polizei ist in den Quellen überhaupt nicht scharf begränzt, sondern bezog sich auf Alles, was zur guten Ordnung gehörte, wie denn auch die Ausdrücke „gute Ordnung und Polizei" häufig in dieser Verbindung vorkommen. Im Reichsabschied von 1551 §. 70. heißt es von der Polizeiordnung, daß sie „zur Ausreutung vieler unleidlicher sträflicher Laster und ärgerliches Lebens und zu Pflanzung und Aufbauung guter Sitten, Ehrbarkeit und Tugend" da sei.

3) Dasselbe gilt von der Unterscheidung der Polizeiverbrechen im Gegensatze zu den Criminalverbrechen, wenn man dieselbe

Es wird daher darauf ankommen, welche Bedeutung diese Unterscheidung nach dem materialen Gesichtspuncte habe. Grolman[1]) setzt den Polizeiverbrechen die unmittelbar bürgerlichen Verbrechen, Feuerbach[2]) die Verbrechen im engeren Sinne entgegen. Beide Rechtslehrer gründen die Unterscheidung auf die Verschiedenheit der Rechtsverletzung, welche durch das Verbrechen begangen werde. Unter unmittelbar bürgerlichen oder Verbrechen im engeren Sinne verstehen sie diejenigen, durch welche Rechte verletzt werden, welche unmittelbar als Rechte des Menschen oder des Staates, nach seinem Begriffe, erscheinen, oder welche entweder den Unterthanen im Staate oder dem Staate selbst unabhängig von der Ausübung eines Regierungsactes und der Erklärung des Staates zustehen. Im Allgemeinen stimmt dieser Begriff mit dem der Rechtsverbrechen überein, wie er vorhin angegeben worden ist. Polizeiverbrechen sollen dagegen diejenigen sein, welche eine Verletzung solcher Rechte, die erst in dem Staate, durch die polizeilichen Anstalten desselben begründet werden, enthalten, oder durch welche das Recht auf Gehorsam verletzt wird, welches dem Staate in Beziehung auf seine Polizeigesetze zugeschrieben wird. Dieser Begriff der Polizeiverbrechen fällt mit dem oben angegebenen der Gesetzesverbrechen wenigstens in soweit zusammen, als diese ebenso wenig wie jene auf eine Verletzung unmittelbarer, von der Ausübung eines Regierungsactes oder der Erklärung des

bloß davon abhängig macht, ob die Strafe von einer bloßen Polizeibehörde oder einem mit eigentlicher Criminaljurisdiction bekleideten Gerichte erkannt wird.

1) Grundsätze d. C. R. § 27.

2) Lehrbuch, §. 22.

Staates unabhängiger Rechte gerichtet sind. Allein der obige Begriff der Gesetzesverbrechen ist weiter und umfassender, als der eben angeführte Begriff der Polizeiverbrechen [1]), indem manche Verbrechen, die nicht Rechtsverbrechen sind, auch nicht füglich unter die Polizeiverbrechen, wohl aber unter den angegebenen Begriff der Gesetzesverbrechen subsumirt werden können.

Wenn man alle Gesetze, durch welche Handlungen verboten werden, die an sich keine rechtsverletzende Richtung haben, Polizeigesetze nennen könnte, so würden allerdings die Begriffe von Polizeiverbrechen und von Gesetzesverbrechen in Eins zusammen fallen. Allein so wenig man auch einverstanden ist über den Begriff und die Gränzen der Polizei [2]), so viel ist unbestreitbar, daß es unter den Gesetzen, durch welche Handlungen verboten werden, die auf keine Rechtsverletzung gerichtet sind, viele giebt, die nicht füglich zu den Polizeigesetzen gerechnet werden können und wohl auch von Niemandem zu denselben gerechnet werden. Um zuvörderst bei Grolman stehen zu bleiben, so beschränkt dieser den Begriff der Polizeiverbrechen auf Handlungen, durch welche die Gesetze, welche entweder den gemeinen physischen Wohlstand [3]) oder den gemeinen intellectuellen Wohlstand sichern sollen [4]), verletzt werden.

1) Daß übrigens der von Grolman und Feuerbach gegebene Begriff der Polizeiverbrechen nicht ganz richtig sei, da ihr eigentlicher Grund nicht in der Verletzung des dem Staate zustehenden Gehorsamsrechtes bestehet, ist schon oben gezeigt worden.

2) Falck, juristische Encyclopädie, §. 34.

3) Dahin gehöre Zinswucher, Dardanariat und Aufkauf der Früchte auf dem Halme.

4) Dahin gehören Fluchen und Schwören, übermäßiges Trinken, gewerbsmäßiges Betteln, und alle Fleischesverbrechen mit Einschluß der Bigamie, des Ehebruches und der Kuppelei.

Digitized by Google

Feuerbach thut zu den Verbrechen gegen die Güterpolizei und gegen die Sitten- und Bevölkerungspolizei [1]) noch eine dritte Art von Polizeiverbrechen hinzu, welche gegen die Criminalpolizei begangen werden sollen [2]). Noch ausgedehnter und, so viel ich weiß, am ausgedehntesten erscheint das Gebiet der Polizeiverbrechen bei Wächter, der drei Gattungen von Polizeigesetzen aufstellt [3]). Die Polizeigesetze seien nämlich gegeben entweder zur Erhaltung der Religiosität, Sitte und Sittlichkeit, oder zur Erhaltung der Ruhe und Ordnung im Staate und zur Sicherheit der Personen und des Eigenthums, oder endlich zur Erhaltung des ökonomischen Wohlstandes der einzelnen Staatsglieder und der finanziellen Verhältnisse des Staates. Die Handlungen und Unterlassungen, welche diesen Polizeigesetzen zuwider laufen, ohne sonst eine rechtsverletzende Richtung zu haben, seien die Polizeiverbrechen, deren Wächter eine bedeutende Anzahl als gemeinrechtliche aufführt [4]). Allein es ist unverkennbar, daß auch

1) Im Wesentlichen führt hier Feuerbach dieselben Verbrechen, als Grolman, auf, nur daß er Ehebruch und Bigamie unter die Rechtsverbrechen rechnet.

2) Unter dieser Rubrik handelt er vom Landzwange, vom Eingehen verbotener Gesellschaften und vom verbotenen Tragen und Besitzen von Waffen, oder zur Münzfälschung dienlicher Geräthschaften.

3) Lehrbuch, §. 231 ff.

4) Unter die Verbrechen gegen die Polizeigesetze der ersten Art rechnet Wächter Gotteslästerung, Fluchen und Schwören, sepulcri violatio, übermäßiges Trinken und Zutrinken, und alle Unzuchtsverbrechen, welche nicht an und für sich schon eine Rechtsverletzung enthalten. Verbrechen gegen die Polizeigesetze der anderen Art sind nach ihm verbotenes Besitzen und Tragen von Waffen, Theilnahme an verbotenen Gesellschaften, unerlaubtes

Digitized by Google

dieses reichhaltige Verzeichniß der Polizeiverbrechen bei Weitem nicht sämmtliche Verbrechen erschöpft, welche, ohne eine entweder vollendete oder versuchte Rechtsverletzung zu enthalten, nur das Gebot oder Verbot verletzen, welches durch ein Gesetz auferlegt worden war.

Unter diese Verbrechen, welche weder Rechtsverbrechen sind, noch auch zu den Polizeiverbrechen gerechnet werden können, gehören zuvörderst die Fälle, in welchen, wie bei der Münzfälschung, die unterlassene Denuntiation von Verbrechen dritter Personen mit Strafe bedrohet ist. Daß die unterlassene Denuntiation nicht für einen Versuch des Verbrechens, welches ein Anderer begehen will, angesehen werden könne, ist schon an einem anderen Orte nachgewiesen worden [1]). Natürlicher Weise kann dieselbe noch weniger für die Vollendung des Verbrechens, welches der Andere begehen will oder begangen hat, betrachtet werden. Auf keinen Fall ist daher die unterlassene Denuntiation auf eine Verletzung desjenigen Rechtes gerichtet, welches ein Dritter durch sein Verbrechen zu verletzen beabsichtigte. Das Verbrechen bestehet lediglich darin, daß das Gesetz übertreten wurde, welches die Anzeige zur Pflicht machte. Diese Uebertretung enthält zwar, da sie eine Pflichtverletzung ist, nothwendig auch eine Rechtsverletzung; allein diese, welche das dem Staate zustehende Gehorsamsrecht

---

Vagiren und Betteln, unerlaubter Giftverkauf, gefährliches Aushängen von Sachen und Nichtausbessern baufälliger Gebäude und Uebertretung des Verbotes des S. C. Libonianum. Als Verbrechen gegen die Polizeigesetze der dritten Art führt er auf Zinsenwucher, wucherlichen Kauf der Früchte vor der Erndte, Dardanariat, Zollvergehen und Uebertretungen der polizeilichen Verbote in Beziehung auf Münze.

1) In meinen Abhandlungen, Band I, S. 471 und 472.

Digitized by Google

betreffen würde [1]), ist wenigstens, wie früher gezeigt worden [2]), nicht der eigentliche Grund des Verbrechens. Ebenso wenig kann aber die unterlassene Denuntiation füglich unter die Polizeiverbrechen gerechnet werden. Denn bei bereits vollbrachten Verbrechen ist es auf den ersten Blick einleuchtend, daß ihre Nichtanzeige kein Verbrechen gegen die Polizeigewalt des Staates sein kann, da diese sich überhaupt nicht auf die vollbrachten Verbrechen erstreckt. Nur in Ansehung der noch bevorstehenden Verbrechen könnte einiger Zweifel entstehen, da es allerdings als eine der vorzüglichsten Aufgaben der Polizeigewalt angesehen werden muß, Verbrechen aller Art zuvorzukommen. Allein es sind hier nur zwei Fälle denkbar: entweder sind die noch bevorstehenden Verbrechen noch gar nicht eingetreten in das Gebiet des strafbaren Versuches, oder dieselben sind be-

1) Martin §. 77. rechnet die unterlassene Denuntiation bei noch bevorstehenden Verbrechen für Theilnahme am Verbrechen, bei bereits vollbrachten Verbrechen dagegen, §. 242, für Begünstigung, welche ein Verbrechen wider die Staatsverwaltung sei. Daß aber der bloße Mitwissende, der keine Anzeige macht von dem bevorstehenden Verbrechen, nicht als conscius oder socius anzusehen sei, ergiebt sich aus l. 6. D. 48. 9., verglichen mit l. 2. eod. S. meine Abhandlungen, Band I, S. 298. Note 4. Die Nichtanzeige vollbrachter Verbrechen aber als ein Verbrechen gegen die Staatsverwaltung, namentlich gegen die peinliche Rechtspflege, ansehen zu wollen, ist wohl etwas gesucht, indem alsdann sämmtliche Staatseinwohner wenigstens in Beziehung auf diejenigen Verbrechen, bei welchen Anzeige Pflicht ist, gewisser Maßen als Theilhaber der peinlichen Rechtspflege oder als Criminalbeamte erscheinen würden. Dagegen läßt sich wohl zugeben, daß wirkliche positive Begünstigung, z. B. Unterstützung flüchtiger Verbrecher, als Verbrechen gegen die peinliche Rechtspflege angesehen werde.

2) S. oben S. 169 und 170.

Digitized by Google

reits als wirklich versuchte Verbrechen zu betrachten. Im ersteren Falle sind sie noch gar nicht für Verbrechen anzusehen, woraus von selbst folgt, daß auch nicht von einer Pflicht die Rede sein kann, dieselben zur Anzeige zu bringen. Im anderen Falle sind sie dagegen schon wirkliche Verbrechen, die nicht mehr in den Wirkungskreis der Polizeigewalt gehören und deren Nichtanzeige mithin nicht für ein Verbrechen gegen die Polizeigewalt angesehen werden kann.

Unter diese Verbrechen gehört ferner das Verbrechen der Unfruchtbarmachung, zu dessen Thatbestande es bekanntlich nicht erforderlich ist, daß das Verbrechen wider den Willen seines Objectes geschehen sei [1]). Dasselbe kann also auf keinen Fall von dem Gesichtspuncte einer Rechtsverletzung aus aufgefaßt und mithin für kein Rechtsverbrechen angesehen werden [2]). Für ein Verbrechen gegen die Polizeigewalt, etwa gegen die Bevölkerungspolizei, kann aber dasselbe ebenfalls nicht angesehen werden, da sich der Wirkungskreis der Polizei schwerlich bis auf die Erhaltung der Zeugungsfähigkeit der einzelnen Staatsmitglieder erstrecken dürfte. Es ist vielmehr lediglich die Uebertretung eines gesetzlichen Verbotes, weßwegen die Unfruchtbarmachung Verbrechen ist [3]). Ebenso gehört unter diese Ver-

---

1) L. 4. §. 2. D. 48. 8.

2) Man müßte sich denn auf die alte Eintheilung der Rechte in veräußerliche und unveräußerliche berufen und die Zeugungsfähigkeit für ein Recht ausgeben wollen, auf welches gar kein Verzicht geleistet werden könnte. Allein diese Eintheilung ist ein Irrthum, von welchem man endlich zurückkommen sollte. Im zweiten Capitel dieser Abhandlung wird mehr davon gehandelt werden müssen.

3) Denn den Gesichtspunct, welchen ältere und neuere Cri-

Digitized by Google

brechen die Abtreibung der Leibesfrucht, welche weder Rechtsverbrechen gegen die Mutter sein kann, da es an dem Thatbestande Nichts verändert, wenn dieselbe sich ihre eigene Frucht abtreibt [1]), noch auch gegen den Embryo, da dieser überhaupt noch nicht Mensch ist und Rechte haben kann [2]). Dieses Verbrechen aber unter die Polizeiverbrechen zu rechnen, würde allen hergebrachten Begriffen von der Polizei widerstreiten, wie es denn auch wohl noch von Niemandem unter dieselben gerechnet worden ist. Auch Ehebruch und Bigamie können wenigstens in sofern hierher gerechnet werden, als diese Verbrechen nicht als Rechtsverbrechen aufgefaßt werden dürfen. Denn als Verletzung

---

minalisten, z. B. *Beyer* delineatio jur. crim. ad art. 133, *Kress*, comment. succ. ad eund. art., Feuerbach, §. 397 und Hepp, über den Einfluß des Gesichtspuncts auf die Beurtheilung verbrecherischer Handlungen, im N. A. des C. R. XIV, S. 467, der harten Strafbestimmung des Art. 133. der P. G. O. unterschieben, daß nämlich die Tödtung künftig zu erzeugender Menschen der Grund des Verbrechens sei, ist weder in den Gesetzen, noch, worüber freilich Alle einverstanden sein werden, in der Vernunft und der Natur der Sache begründet. Vergl. Wächter, §. 175. Note 77.

1) P. G. O. Art. 133.

2) L. 1. §. 1. D. 25. 4. l. 9. §. 1. D. 35. 2. Man kann zwar, da der Embryo belebt ist, von einer Tödtung desselben sprechen, wie auch die Carolina dieses Verbrechen unter den Tödtungen abhandelt. Allein für ein Rechtssubject kann derselbe nicht angesehen werden, weil er noch nicht Mensch, sondern nur Keim desselben ist. Es ist deßwegen sehr vernünftig, wenn in der Gesetzgebung schon auf die Rechte dieses zukünftigen Menschen Bedacht genommen, l. 7. D. 1. 5. und namentlich auch die Vernichtung dieses Keimes verboten wird. Allein daraus folgt nicht, daß der Embryo ein Recht hätte, nicht abgetrieben zu werden.

Digitized by Google

des ehelichen Vertrages, wie Feuerbach will [1]), können diese Verbrechen nicht angesehen werden, weil der eheliche Vertrag nur der Entstehungsgrund der Ehe, nicht aber die Ehe selbst ist, deren Wesen und Wirkung vielmehr durch die Gesetze bestimmt werden [2]). Diese Verbrechen sind also Verletzung eines Gesetzes, nicht eines subjectiven Rechtes, und es ist eine reine Consequenz davon, daß nach der Bestimmung unseres positiven Rechtes die etwaige Einwilligung des anderen Ehegatten nicht allein den Begriff und Thatbestand nicht aufhebt, sondern für sich selbst strafbar ist. Grolman [3]) faßt diese Verbrechen als Polizeiverbrechen auf, wogegen Nichts weiter zu erinnern ist, als daß es dem Gefühle und den hergebrachten Ansichten widerstreitet, die Gesetze, in welchen die Heiligkeit der Ehe sanctionirt ist, unter die Polizeigesetze zu rechnen.

Außerdem aber gehören unter die Verbrechen, die weder Rechtsverbrechen, noch Polizeiverbrechen sind, sämmtliche delicta propria in dem oben angegebenen eigentlichen Sinne [4]), nach welchem diejenigen Verbrechen darunter verstanden werden, welche ihren eigenthümlichen Character durch den Umstand erhalten, daß sie von einem Beamten begangen wurden, so daß sie, von einem Nichtbeamten begangen, entweder gar kein, oder wenigstens nicht das bestimmte Verbrechen gewesen sein würden [5]). Als

1) Lehrbuch, §. 373.

2) Vergl. Hepp, a. a. O. im N. A. des C. R. XIV. S. 346.

3) Grundsätze des C. R. §. 382.

4) S. oben S. 146.

5) Amtsverbrechen sind nach Grolman nur crimen repetundarum und crimen de residuis; Feuerbach fügt zu diesen beiden noch das Verbrechen verletzter Richterpflicht sowohl bei

Digitized by Google

Rechtsverbrechen gegen Einzelne können diese Verbrechen nicht angesehen werden, weil ihr Grund und ihre eigenthümliche Natur nicht darin beruhet, daß sie auf eine Rechtsverletzung Einzelner gerichtet sind [1]), sondern lediglich in dem Umstande, daß durch sie einer Pflicht, welche das öffentliche Dienstverhältniß mit sich brachte, zuwider gehandelt wurde. Ebenso wenig dürfen aber diese Verbrechen für eigentliche Rechtsverbrechen gegen den Staat ausgegeben werden. Denn sie können als eigenthümliche Amtsverbrechen nicht aus dem Grunde in Betracht kommen, weil durch dieselben der Staat in einem der ihm zustehenden Rechte verletzt wird, da sie in sofern gemeine Verbrechen, delicta communia, sein würden, und diese Eigenschaft bloß durch den Umstand, daß sie von einem Beamten begangen wurden oder selbst nur von einem Beamten begangen werden konnten, nicht verlieren könnten [2]). Es läßt sich auch nicht behaupten, daß der Staat durch die Amtsverbrechen in dem Vertragsrechte verletzt werde, welches er durch Eingehung des Dienstvertrages mit dem Beamten für sich erworben. Denn, wie bei der Ehe, ist der Vertrag nur der Entstehungsgrund für das Dienstverhältniß, nicht aber das Dienstverhältniß selbst, dessen Wesen und Wirkung vielmehr, wie bei jener, nur durch

---

der Civil-, als bei der Criminalpflege; bei Martin und Wächter ist das Verzeichniß noch reichhaltiger, indem sie noch das Verbrechen des Gefangenwärters, der die Flucht des Arrestanten befördert, und die Amtserschleichung dazu thun.

1) Denn in sofern der Beamte seine Stellung mißbraucht, um Andere in ihren Rechten zu verletzen, begehet er ein gemeines Verbrechen; vergl. Feuerbach, §. 483. Hefftter, §. 539.

2) S. oben S. 147. die in Note 4. angeführten Stellen.

Digitized by Google

Gesetze bestimmt sein kann [1]). Durch die Amtsverbrechen wird daher kein Recht, sondern ein Gesetz verletzt, welches dem Beamten eine gewisse Handlungsweise zur Pflicht machte. Daß dieses Gesetz aber nicht unter die Polizeigesetze, und mithin die Verletzungen desselben nicht unter die Polizeiverbrechen gerechnet werden können, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Durch das Bisherige erscheint es hinlänglich gerechtfertigt, daß oben gesagt worden ist [2]), der Begriff der Polizeiverbrechen sei beschränkter, als der Begriff der Gesetzesverbrechen. Beide verhalten sich zu einander, wie die Species zum Genus, indem die Polizeiverbrechen zwar eine Art der Gesetzesverbrechen sind, aber nicht vollständig in der Gattung derselben aufgehen. Sie haben, die Gesetzesverbrechen, ihre Eigenthümlichkeit darin, daß bei ihnen der nächste und der entferntere Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, zusammen fällt, mit anderen Worten, daß der Grund, aus welchem sie eine Verletzung des Gesetzes oder des objectiven Rechtes enthalten, kein anderer ist, als daß durch sie einem Gesetze, einem Verbote zuwider gehandelt wurde. Der Ausdruck „Gesetzesverbrechen" ist daher dem Begriffe und Wesen derselben ebenso entsprechend, als der Ausdruck „Rechtsverbrechen" für die Verbrechen der anderen Art der passende ist. Denn diese sind aus dem Grunde Verbrechen, weil ihre Richtung auf eine Verletzung subjectiver Rechte gehet.

---

1) Wäre es anders, so könnte nach abgeschlossenem Dienstvertrage durch besondere, zwischen dem Staate und dem Beamten getroffene Uebereinkunft die Dienstpflicht des Letzteren willkürlich verändert werden.

2) S. oben S. 176.

Digitized by Google

Es ist aber schon angegeben worden, daß und warum die Eintheilung der Verbrechen in Rechtsverbrechen und in Gesetzesverbrechen für die Lehre von dem allgemeinen Thatbestande eine einflußreiche sein müsse [1]). Der Einfluß derselben muß, wie gezeigt worden ist, durchgreifend sein für sämmtliche einzelnen Bestandtheile, aus welchen der allgemeine Thatbestand des Verbrechens bestehet. Dieser Einfluß ist aber von den Rechtslehrern entweder überhaupt nicht anerkannt, oder wenigstens nicht in der gebührenden Weise hervorgehoben worden [2]).

Gegenwärtig muß zunächst nachgewiesen werden, in wiefern sich diese Eintheilung auch bei der äußeren Er-

---

1) S. oben S. 166. — Ob es übrigens zweckmäßig sei, diese Eintheilung der Anordnung des besonderen Theiles zu Grunde zu legen, ist eine andere Frage, die ich verneinen möchte, die aber natürlich nicht an diesem Orte weiter erörtert werden kann.

2) Wächter, §. 62, Note 21, wirft zwar die Frage auf, ob bei den Polizeiverbrechen in einigen Beziehungen andere allgemeine Grundsätze eintreten, als bei den unmittelbar bürgerlichen Verbrechen, ohne jedoch diese Beziehungen selbst anzugeben, oder überhaupt auf die Frage zu antworten. — Eine andere Eintheilung der Verbrechen stellt Cucumus auf, im N. A. des C. R. X. S. 47 ff. und S. 205 ff. Nach dieser Eintheilung sollen die Verbrechen zuvörderst in zwei Classen zerfallen, nämlich in solche, zu deren Thatbestande physische, und in solche, zu deren Thatbestande psychologische an dem Willen einer Person verübte Gewalt gehört. Ich gestehe, diese Eintheilung nicht recht zu begreifen. Als weitere Eintheilung wird aufgestellt die in Rechts-, Polizei- und Staatsverbrechen. Die Eintheilung wird indessen nur in legislativer Beziehung, hinsichtlich des Princips der Strafe und des Maßstabes der Strafbarkeit erörtert. Auffallend genug ist dabei die S. 206 f. ausgesprochene Behauptung, daß bei Rechtsverbrechen der Versuch nicht criminell strafbar sein soll.

Digitized by Google

scheinung des Verbrechens geltend mache. Der allgemeine objective Character, den die verbrecherischen Erscheinungen an sich tragen müssen, ist früher gezeigt worden [1]), müsse nothwendig ein solcher sein, daß eine Verletzung des objectiven Rechtes daraus erkannt werden könne. Diese Verletzung ist aber nicht vorhanden und folglich auch nicht erkennbar, wo nicht der Grund vorliegt, aus welchem sie hervorgehet.

Bei den Rechtsverbrechen liegt dieser Grund in ihrer Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte. Folglich muß bei diesen Verbrechen die äußere Erscheinung eine solche sein, daß eine Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte daraus erkannt werden kann. Das ist zunächst und am augenscheinlichsten der Fall, wenn in der That eine Verletzung subjectiver Rechte hervorgebracht worden war, und die äußere Erscheinung des Verbrechens ist eben alsdann das verletzte subjective Recht. Allein die wirklich hervorgebrachte Verletzung des subjectiven Rechtes kommt hier nicht als solche in Betracht, sondern nur als Beweismittel dafür, daß die Richtung der Handlung auf die Verletzung eines subjectiven Rechtes gegangen war. Denn nicht die Verletzung selbst, sondern nur die Richtung auf dieselbe ist es, wodurch das Verbrechen gebildet wird. Daraus folgt aber zuvörderst, daß nicht ohne Weiteres jede Verletzung subjectiver Rechte für eine verbrecherische Erscheinung gelten kann, sondern nur, in sofern in ihr der Beweis liegt, daß durch sie das Gesetz gebrochen wurde, in welchem es verboten ist, Rechtsverletzungen zu begehen. Es folgt ferner daraus, daß bei diesen Verbrechen die äußere Erscheinung nicht immer in einer wirklichen Ver-

1) S. oben S. 130.

letzung subjectiver Rechte zu bestehen brauche, sondern daß es nur auf eine solche Erscheinung ankommt, aus welcher hervorgehet, daß jenem Gesetze zuwider gehandelt wurde. Dieses Gesetz aber, welches im Allgemeinen lautet, daß Niemand den Anderen in seinem Rechte verletzen dürfe, kann zwar noch nicht durch den bloßen Gedanken verletzt werden, da durch Recht und Gesetz überhaupt nicht die Denkweise, sondern die Handlungsweise der Menschen geregelt werden soll; wohl aber liegt eine Verletzung desselben in jeder Handlungsweise, welcher ein dem Willen des Gesetzes entgegengesetzter Wille zu Grunde liegt. Wenn aber das Gesetz nicht will, daß überhaupt Rechtsverletzungen begangen werden, so ist es auch ohne wirklich vollbrachte Verletzung subjectiver Rechte schon verletzt, sowie nur Handlungen zu dem Zwecke, eine Rechtsverletzung dadurch zu vollbringen, begangen werden. Damit also auch ohne vollendete Rechtsverletzung noch von einem Verbrechen die Rede sein könne, wird es nur einer solchen durch die Handlung hervorgebrachten äußeren Erscheinung bedürfen, in welcher der Beweis liegt, daß die Handlung selbst zu dem Zwecke einer Rechtsverletzung vorgenommen worden war. Dieser Beweis wird um so deutlicher vorliegen, je weniger noch an der Vollendung der beabsichtigten Rechtsverletzung fehlte. Daß aber dieser Beweis nur alsdann für hergestellt angenommen werden dürfe, wenn die Vollendung der Rechtsverletzung unter den vorliegenden Umständen erreicht werden konnte, ist ebenso wenig in unserem positiven Rechte bestätigt [1]), als es der Natur der Sache angemessen ist [2]). Denn es ist nicht in der factischen

1) Vergl. meine Abhandlungen, Band I, S. 285 und 475.
2) Vergl. Pfotenhauer, a. a. O. S. 85 ff.

Digitized by Google

Wahrheit der Dinge und in der Erfahrung begründet, daß die Menschen bloß solchen Zwecken nachstreben, welche wirklich von ihnen erreicht werden können, und ebenso wenig kann es dadurch, daß die Erreichung des Zweckes unter den gegebenen Umständen nicht möglich war, ungeschehen gemacht werden, daß derselbe beabsichtigt und daß in dieser Absicht gehandelt worden war. Wenn daher dieser Zweck in einer Rechtsverletzung bestand, und wenn in dem Handeln zur Erreichung dieses Zweckes schon die Verletzung des Gesetzes oder das Verbrechen liegt, so kann das Dasein desselben dadurch nicht wieder aufgehoben werden, daß sich ergab, daß dieser Zweck unter den vorliegenden Umständen gar nicht erreicht werden konnte. Daraus folgt aber, daß es bei der äußeren Erscheinung der Rechtsverbrechen weder darauf ankommt, daß die Rechtsverletzung wirklich vollendet war, noch daß sie vollendet werden konnte, sondern daß dieselbe nur von der Art zu sein braucht, daß von ihr auf den Willen, dieselbe zu vollenden, geschlossen werden kann. Um mich hier der hergebrachten Ausdrücke zu bedienen, so kann bei den Rechtsverbrechen die äußere Erscheinung nicht allein in der Vollendung, sondern auch in dem Versuche bestehen. Der Begriff und das Dasein des Versuches ist aber nicht abhängig von der Möglichkeit der Vollendung, sondern lediglich von seiner Beweisfähigkeit für den Willen der Vollendung. In jedem Falle betrifft der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung nur die äußere Erscheinung, nicht die übrigen Merkmale des Verbrechens, welche vielmehr bei dem versuchten Verbrechen ganz dieselben, wie bei dem vollendeten sein müssen. Die äußere Erscheinung hat aber immer nur die Bedeutung, daß in ihr der Beweis liegt für das Dasein des Grundes des Verbrechens, d. h. für die Richtung der Handlung auf

Digitized by Google

die Verletzung subjectiver Rechte. Dieser Beweis muß in dem versuchten Verbrechen ebenso gut liegen, als in dem vollendeten und in sofern findet eigentlich kein Unterschied zwischen beiden Statt, da das Bewiesene durch die Verschiedenheit des Beweismittels, wenn es nur anders wirklich Beweismittel ist, keine Veränderung erleiden kann. Wenn nach dem Geiste unseres einheimischen Rechtes das versuchte Verbrechen eine gelindere Strafe trifft, als das vollendete, so läßt sich das nur erklären und rechtfertigen aus der Art und Weise, in welcher sich die öffentliche Strafe aus dem Systeme der Privatrache und der Compositionen nach und nach entwickelt hat. In jedem Falle darf behauptet werden, daß es nur eine Nachwirkung dieses Systemes ist, und daß das System der öffentlichen Strafe noch nicht bis zu seiner höchsten Vollendung durchgebildet ist, wo noch zwischen Versuch und Vollendung ein Unterschied in der Bestrafung gemacht wird.

Bei den Gesetzesverbrechen liegt der Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, lediglich darin, daß durch sie einem Gesetze zuwider gehandelt wurde. Der Character dieses Gesetzes ist ein verbietender und deßwegen wird eben die Verletzung desselben hervorgebracht durch die verbotene Handlung. Die äußere Erscheinung bei den Verbrechen dieser Art ist die Uebertretung des Verbotes, oder, was dasselbe ist, die Begehung der in dem Verbote bezeichneten Handlung. Es kommt nur darauf an, wann das Verbot als übertreten angesehen werden könne. Daß dieses zunächst der Fall sei, wenn die Handlung die in dem Verbote angegebenen Merkmale vollständig an sich trägt, braucht kaum bemerkt zu werden. Allein ebenso wenig bedarf es weiterer Ausführung, daß eine Uebertretung dieses Verbotes auch schon angenommen werden müsse, wenn die

Digitized by Google

Handlung diese Merkmale zwar noch nicht vollständig, aber doch bereits soviel von ihnen an sich trägt, daß die Richtung derselben auf die Vereinigung dieser Merkmale daraus erkannt werden kann. Wenn auch diese Richtung noch nicht die vollendete verbotene Handlung selbst ist, so ist sie doch der Anfang derselben, und es liegt auf der Hand, daß, wenn es verboten ist, eine Handlung zu vollenden, das Verbot sich zugleich darauf erstreckt, dieselbe zu beginnen. Mithin ist auch der Anfang der verbotenen Handlung eine Uebertretung des Verbotes, so daß die äußere Erscheinung bei den Verbrechen dieser Art nicht allein in der Vollendung, sondern auch in dem Anfange oder Versuche der in dem Verbote bezeichneten Handlung bestehet. Der Versuch ist Uebertretung des Verbotes, weil er auf die Vollendung der verbotenen Handlung gerichtet ist. Daher muß die äußere Erscheinung des Versuches auch bei den Gesetzesverbrechen von der Art sein, daß der Wille der Vollendung daraus erkannt werden kann. Ist dieses der Fall, so kann es bei ihnen ebenso wenig als bei den Rechtsverbrechen darauf ankommen, ob die Vollendung unter den vorliegenden Umständen wirklich erreicht werden konnte oder nicht, da die Uebertretung des Verbotes, welche schon durch den bloßen Versuch begangen wird, durch die Unmöglichkeit der Vollendung nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann. Indessen findet hier wegen der Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie Verbrechen sind, zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen doch ein Unterschied Statt. Die Rechtsverbrechen sind Verbrechen wegen der in ihnen enthaltenen Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte. Wenn die Richtung nicht vollständig vorliegt, kann überhaupt nicht von einem Rechtsverbrechen, weder von Vollendung, noch vom

Digitized by Google

Versuche desselben die Rede sein. Aber es bedarf auch nur dieser Richtung, keines Weges der vollendeten oder angefangenen Verletzung selbst, damit ein Rechtsverbrechen hergestellt werde. Deßwegen kann der Versuch eines Rechtsverbrechens selbst noch in dem Falle begangen werden, da das Recht, auf dessen Verletzung die Handlung gerichtet war, objectiv gar nicht existirte. Denn dessenungeachtet ist es möglich, daß die Richtung einer Handlung auf die Verletzung dieses Rechtes ging, sowie dasselbe nur subjectiv, d. h. in der Meinung des Handelnden, vorhanden war. Aus demselben Grunde kann der Versuch eines Rechtsverbrechens vorliegen, auch wenn er wegen seiner eigenen Unzweckmäßigkeit gar nicht zur Vollendung führen konnte, sowie nur die Richtung auf die Rechtsverletzung aus ihm hervorging. Bei den Gesetzesverbrechen liegt dagegen der Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, in der Uebertretung des Verbotes, welche vollständig vorliegen muß, auch wenn von einem bloßen Versuche die Rede sein soll. Es ist hier nicht die Richtung auf die Verletzung des Verbotes, sondern diese selbst, welche das Verbrechen bildet. Diese Verletzung wird zwar, wie bemerkt worden ist, begangen auch durch den bloßen Anfang der verbotenen Handlung. Es ist aber klar, daß, ehe dieser Anfang vorliegt, noch keine Verletzung dieses Verbotes begangen sein kann. Es wird daher, um zu bestimmen, worin bei den Gesetzesverbrechen die äußere Erscheinung zum Mindesten bestehen müsse, darauf ankommen, von welchem Augenblicke an sich sagen lasse, daß die verbotene Handlung angefangen worden sei.

Damit die verbotene Handlung von anderen Handlungen unterschieden werden könne, muß dieselbe in dem Verbote entweder ihren sämmtlichen Merkmalen nach be-

Digitized by Google

schrieben, oder wenigstens so bezeichnet sein, daß die Merkmale, welche das Gesetz im Sinne hat, daraus erkannt werden können [1]). Wie nun die Vollendung dieser Handlung bloß daran erkannt werden kann, daß sie diese Merkmale vollständig in sich vereinigt, so wird auch, wenn von diesen Merkmalen Nichts vorliegt, von keinem Anfange der verbotenen Handlung die Rede sein können. Die verbotene Handlung ist aber, wie jedes Verbrechen, eine untheilbare Einheit, deren einzelne Merkmale nicht successiv zu einander hinzu treten, sondern durch ihr gleichzeitiges Vorhandensein das Verbrechen hervorbringen [2]). Daraus folgt, daß bei den Gesetzesverbrechen der Unterschied zwischen Anfang und Vollendung nicht darin bestehen kann, daß bei jenem eine geringere Anzahl der Merkmale, die zu dem Verbrechen gehören, vorläge, als bei dieser, so daß durch allmäliges Hinzutreten anderer Merkmale das Verbrechen in seiner Entwickelung fortschritte, bis es endlich durch Hinzukommen des letzten seine Vollendung erreichte. Vielmehr muß auch das angefangene Verbrechen, wenn es anders Verbrechen sein soll, die Merkmale des Verbrechens, und zwar, da das Angefangene immer nur relativ, in Beziehung auf etwas Vollendetes, gedacht werden kann, die des vollendeten Verbrechens an sich tragen. Der Unterschied zwischen angefangenem oder versuchten und zwischen vollendetem Verbrechen kann nur darin bestehen, daß bei jenem diese Merkmale noch nicht in der Entwickelung und Ausbildung erscheinen, als bei diesem, mit anderen

1) Häufig thun die Gesetze das Letztere, indem sie das Verbrechen bloß benennen, ohne es zu beschreiben. Dabei ist vorausgesetzt, daß die Benennung die Beschreibung überflüssig mache. Vergl. auch meine Abhandlungen, Band I, S. 5. Note 1.

2) S. oben S. 109 f.

Digitized by Google

Worten, der Unterschied kann bei den Gesetzesverbrechen, wie bei den Rechtsverbrechen nur die äußere Erscheinung betreffen[1]), welche aber auch bei jenen, wie bei diesen, nur die Bedeutung hat, zum Beweise für die Uebertretung des Verbotes zu dienen. Wenn daher die äußere Erscheinung der Vollendung und die des Versuches in gleicher Weise Beweismittel sind für die Uebertretung des Verbotes, und wenn in dieser Uebertretung das Gesetzesverbrechen bestehet, so kann, wenn die Uebertretung durch das eine Beweismittel dargethan ist, die beweisende Kraft desselben dadurch nicht wieder aufgehoben werden, daß sich ergeben sollte, unter den gegebenen Umständen sei der Eintritt des anderen Beweismittels unmöglich gewesen. Damit ist aber Nichts Anderes gesagt, als daß der Begriff und das Dasein des Versuches durch die Unmöglichkeit der Vollendung an und für sich keines Weges ausgeschlossen ist. Allein, und hier liegt der oben angedeutete Unterschied zwischen

---

1) Damit erledigt sich auch die Frage, in wiefern Mangel am Thatbestande Versuch des Verbrechens sei. Der Versuch ist auch Verbrechen und muß folglich auch den Thatbestand des Verbrechens, und zwar, da es keinen Versuch im Allgemeinen geben kann, den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens haben. In sofern kann also Mangel am Thatbestande nicht Versuch sein. Nennt man dagegen Thatbestand nur den Inbegriff der zum vollendeten Verbrechen gehörigen Merkmale, so ist bei dem nicht vollendeten Verbrechen allerdings Mangel am Thatbestande vorhanden. Der Mangel bestehet alsdann darin, daß bei dem versuchten Verbrechen die äußere Erscheinung nicht hervorgebracht war, durch welche eben das vollendete Verbrechen gebildet wird. Man muß nur darüber nicht vergessen, daß dem Versuche des Verbrechens auch an seinem Thatbestande Nichts mangeln dürfe. S. oben S. 160. Note 2. — Dasselbe will wohl Zachariä sagen, a. a. O. §. 16.

Digitized by Google

Gesetzesverbrechen und zwischen Rechtsverbrechen, auch bei dem versuchten Gesetzesverbrechen muß der Grund, aus welchem es Verbrechen ist, vollständig vorliegen, und dieser Grund ist nicht die Richtung auf die Uebertretung des Verbotes, sondern die wirkliche Uebertretung desselben. Daraus folgt zuvörderst, daß von dem Versuche eines Gesetzesverbrechens keine Rede sein kann, wenn objectiv gar kein Verbot existirte, welches durch die begangene Handlung hätte übertreten werden können. Sollte ein solches Verbot auch subjectiv, d. h. in der Meinung des Handelnden existirt haben, so wäre die gegen dasselbe unternommene Handlung höchstens ein Beweis für die Richtung des Willens auf die Uebertretung, nicht aber die Uebertretung selbst, und nur diese würde einen Versuch ausmachen können [1]). Es folgt ferner daraus, daß eine Handlung nicht für den Versuch eines Gesetzesverbrechens gelten kann, welche nicht bereits in sich selbst sämmtliche Merkmale der verbotenen Handlung vereinigt. Denn der Versuch muß als solcher eine Uebertretung des Verbotes enthalten, und das Verbot kann nicht anders übertreten werden, als durch die Begehung der in demselben bezeichneten Handlung [2]). Der

1) Mit anderen Worten, es ist kein Verbrechen, eine Handlung zu begehen, die man für strafbar hielt, die aber in der That nicht strafbar war; z. B. wenn Jemand eine erlaubte Verbindung einging, die er für eine incestuose hielt, oder ein erlaubtes Spiel spielte, welches er für ein verbotenes Hazardspiel ansah.

2) Daher ist es noch kein Versuch der Abtreibung, die Abortivmittel zu bereiten und zu mischen, wenn nicht der Beginn mit dem Eingeben gemacht wird, der freilich, wenn die Schwangere nicht selbst Subject des Verbrechens ist, schon in dem bloßen Vorsetzen derselben liegt; kein Versuch der Unzucht oder des Ehebruches, wenn bloß einseitige Anträge gemacht werden, kein Ver-

Digitized by Google

Wille, die verbotene Handlung zu begehen, ist noch nicht diese Handlung, und folglich noch keine Uebertretung des Verbotes, sondern würde höchstens für eine Richtung auf dieselbe gehalten werden können. Ob aber eine Handlung Uebertretung sei, kann nicht daran erkannt werden, ob dieselbe möglicher Weise zu der vollendeten Erscheinung hätte führen können, welche in dem Verbote beschrieben oder bezeichnet ist; denn das hängt oftmals von Umständen ab, welche gänzlich außerhalb der Handlung liegen, und folglich Nichts dazu beitragen können, derselben einen anderen Character, als sie außerdem schon hat, zu verleihen. Auf der anderen Seite aber ist gewiß, daß eine Handlung, welche, auch wenn sie von dem Handelnden bis zu ihrer Vollendung fortgeführt wäre, und wenn keine von ihm unabhängigen Umstände dabei eingewirkt hätten, nicht zu der im Verbote bezeichneten Erscheinung geführt haben würde, in sich selbst den Beweis trägt, daß sie nicht der Anfang der verbotenen Handlung sein könne. Zwar ist der Satz, auf welchen man sich hin und wieder zur Vertheidigung der Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen beruft, daß nämlich eine Handlung, die nicht vollendet werden könne, auch gar nicht angefangen werden könne, durchaus unrichtig, da er durch die tägliche Erfahrung widerlegt wird [1]); allein das

such einer Bestechung, wenn ein rechtswidriger Vortheil angeboten, aber nicht angenommen, oder verlangt, aber nicht zugestanden wird.

1) Auf diesen von Rossi, traité de droit pénal, livr. II. chap. 30., aufgestellten Satz beruft sich auch Zachariä a. a. O. §. 131, um die Straflosigkeit untauglicher Versuchshandlungen zu vertheidigen. Allein wenn der Satz richtig wäre, so gäbe es gar keinen Versuch des Verbrechens, zu dessen Begriff und Wesen es ja gerade gehört, daß die Nichtvollendung nicht in dem Nichtwollen, sondern in dem Nichtkönnen ihren Grund hatte.

Digitized by Google

unterliegt keinem Zweifel, daß eine Handlung, welche vollendet nicht die vollendete verbotene Handlung war, auch angefangen nicht die angefangene verbotene Handlung sein kann [1]). Denn wäre sie es gewesen, so hätte sie unter der Voraussetzung, daß nicht andere, von dem Handelnden unabhängige Umstände entgegen wirkten [2]), nothwendig zur Vollendung führen müssen, da zwischen Anfang und Vollendung kein Unterschied der Qualität Statt findet, so daß die angefangene Handlung eine ganz andere Art von Handlung wäre, als die vollendete, sondern nur der Quantität, indem die Merkmale der Handlung bei dieser in größerer Ausbildung und Entwickelung erscheinen, als bei jener.

---

1) So unrichtig der Satz ist, daß nicht angefangen werden könne, was nicht vollendet werden könne, so unbestreitbar richtig ist der umgekehrte Satz, daß nicht vollendet werden kann, was nicht angefangen war, da jede Vollendung ihrem Begriffe nach einen Anfang voraussetzt. Aus diesem Satze folgt die im Texte aufgestellte Behauptung. Denn die Vollendung eines bestimmten Verbrechens setzt auch den Anfang dieses bestimmten Verbrechens voraus, so daß man schließen darf, daß eine Handlung, welche, ohne daß äußere von dem Handelnden unabhängige Umstände dabei einwirkten, nicht zu der Vollendung des Verbrechens geführt hatte, auch nicht der Anfang dieses Verbrechens gewesen sein könne. Daraus kann man denn allerdings weiter schließen, daß eine Handlung, die nicht zur Vollendung geführt haben würde, auch nicht der Anfang gewesen sein könne. Allein dieses gilt ebenfalls nur unter der Voraussetzung, daß nicht äußere, von dem Handelnden unabhängige Umstände der Vollendung entgegentreten.

2) Solche Umstände sind alle Verhältnisse und Ereignisse, welche entweder bei dem Beginne der Handlung schon vorhanden waren, oder im Verlaufe derselben eintreten ohne Wissen und Zuthun des Handelnden und ebendeßwegen nicht als ein Theil seiner Handlung angesehen werden können.

Digitized by Google

Und eben weil in einer vollendeten Handlung nicht die Merkmale der verbotenen Handlung in ihrer Ausbildung und Vollendung liegen, so muß geschlossen werden, daß diese Merkmale überhaupt nicht in jener Handlung gelegen haben, und daß mithin dieselbe weder in ihrer Vollendung, noch in ihrem Anfange für den Anfang der verbotenen Handlung gehalten werden könne. Zu den Merkmalen der verbotenen Handlung kann aber Nichts gehören, als was überhaupt Bestandtheil einer menschlichen Handlung sein kann; also nicht Ereignisse, Verhältnisse oder Umstände, welche unabhängig von der Handlung zur Entstehung gekommen sind, sondern nur die Art und Weise, in welcher sich der Mensch diesen Verhältnissen gegenüber benimmt, und auf dieselben durch seine Handlung einwirkt, oder einzuwirken sucht [1]). Die verbotene Handlung selbst und der Thatbestand derselben kann nur in dem Benehmen des Menschen, seinem Thun oder Unterlassen und der dadurch hervorgebrachten Erscheinung bestehen, welche aber, wie gezeigt worden ist, immer nur die Bedeutung haben kann, den Beweis zu liefern, daß die Handlung in der That keine andere, als die von dem Gesetze gemeinte gewesen war. Damit in Folge der Handlung diejenige Erscheinung eintrete, welche die in dem Gesetze beschriebene oder bezeichnete ist, und die Vollendung des Gesetzesverbrechens bildet, ist freilich schlechterdings nothwendig, daß jene Verhältnisse selbst vorhanden seien, da die Vollendung eben gerade darin bestehet, daß der Handelnde unter diesen Umständen wirklich ein bestimmtes Benehmen beobachtet habe [2]).

---

1) S. oben S. 153. Note 1.

2) Z. B. zur Vollendung der Abtreibung ist ein wirkliches Abortivmittel und eine wirklich Schwangere, zu der des Inceſtes

Digitized by Google

Allein das von dem Handelnden ganz unabhängige Dasein dieser Verhältnisse ist kein Bestandtheil der verbotenen Handlung, sondern bloß die Bedingung, ohne welche die vollendete Erscheinung der verbotenen Handlung nicht eintreten kann. Die eigentliche Handlung, d. h. das, was von dem Handelnden selbst ausgehet, kann aber auch ohne das wirkliche objective Dasein jener Verhältnisse ganz dieselbe sein, wenn dieselben nur subjectiv, in der Meinung des Handelnden vorhanden waren, so daß sie ohne den objectiven Mangel derselben wirklich zu der Vollendung geführt haben würde. Alsdann geschieht es aber in Folge eines von dem Handelnden unabhängigen Umstandes, daß die Vollendung nicht eintritt und eintreten kann, woraus nach dem Bisherigen von selbst folgt, daß die Unmöglichkeit der Vollendung nicht bewirken kann, der Handlung ihre Eigenschaft als eines Anfanges der Vollendung zu benehmen. Ob daher eine Handlung als der Anfang oder als der Versuch der verbotenen Handlung anzusehen sei, kann nur darnach beurtheilt werden, ob sie in ihrer Fortsetzung und Vollendung die vollendete verbotene Handlung gewesen sein würde, wenn nicht andere, von dem Handelnden unabhängige Umstände entgegen getreten wären. Wenn Jemand die Handlung unternahm, ungeachtet diese Umstände entgegen standen, so kann das an und für sich auf den Character seiner Handlung keinen Einfluß ausüben [1]);

---

ein wirkliches verwandtschaftliches Verhältniß zwischen beiden Concumbenten, zu der des Ehebruches eine wirkliche Ehe erforderlich.

1) Daher sind Versuch des Ehebruches und der Bigamie noch möglich, auch wenn die Ehe durch Tod des einen Ehegatten bereits aufgelöst war, Versuch der Abtreibung an einer vermeintlich Schwangeren, oder mit einem verwechselten unwirksamen Mittel,

Digitized by Google

wohl aber können diese Umstände bewirken, daß diese Handlung alsdann im einzelnen Falle nicht in ihrer Eigen-

---

sowie nur diese Ereignisse, der Tod des anderen Ehegatten nämlich, die Nichtschwangerschaft und die Verwechselung des Mittels dem Handelnden unbekannt gewesen waren. — Ich bin kein Freund der Beweisführungen durch fingirte Beispiele, da das kein wissenschaftliches Verfahren ist, und leicht irre führt. Nur zu oft wird das alte: „exempla illustrant, non probant“ von unseren Criminalisten vergessen, welche aus dem Beispiele den Grund ableiten, statt das Beispiel zur Erläuterung des Grundes zu gebrauchen. Zachariä a. a. O. führt eine ganze Seite voll Beispiele an, um die Unhaltbarkeit der Theorie, welche auch bei Unmöglichkeit der Vollendung strafbaren Versuch annimmt, anschaulich zu machen. Seine Beispiele sind: ein Ehemann, der mit der eigenen Frau concumbirt, während er sie für eine Fremde hielt; Abortivmittel einer vermeintlich Schwangeren eingegeben; eine Frau, die wieder heirathet, ohne von dem Tode ihres Mannes Kenntniß zu haben; der Dieb, der die eigene Sache stiehlt, der Entführer, der mit einer Puppe davon fährt, der Stuprator, der mit einer Person concumbirt, die er irrthümlich für eine Verwandte hielt u. s. w. Allein warum soll in diesen Fällen kein strafbarer Versuch des Verbrechens vorliegen, welches die Handelnden zu begehen vermeinten? Gesetzt, die Ehefrau war in dem ersten Beispiele in demselben Irrthume, als ihr Mann, der ihr, noch fortwährend irrend, später seine Untreue bekennt und von ihr verklagt wird? Geschieht ihm Unrecht, wenn er bestraft wird, und ist das Gericht, welches ihn verurtheilte, oder sonst Jemand verpflichtet, ihn zu entschädigen, wenn der Irrthum sich später aufklärte? Gesetzt, in dem letzten Beispiele hielten sich Beide für Verwandte, und wurden allgemein dafür gehalten, und erst später, nachdem sie bereits wegen Incestes bestraft worden, klärte sich der Irrthum auf. Sind sie mit Unrecht bestraft worden? Sicherlich nicht, und sie haben sogar die volle Strafe erlitten, während sie bei sogleich entdecktem Irrthume gelindere Strafe getroffen haben würde. Aber das beweiset nur, daß es dem Prin-

Digitized by Google

schaft als Anfang der verbotenen Handlung erkannt werden kann [1]).

Um das Resultat der bisherigen Entwickelung in wenige Worte zusammen zu fassen, so bestehet der Unterschied, der zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen in Ansehung ihrer äußeren Erscheinung Statt findet, in Folgendem. Bei den Rechtsverbrechen muß aus ihrer äußeren Erscheinung ihre Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte, bei den Gesetzesverbrechen die wirklich vollendete Uebertretung eines Verbotes erkannt werden können [2]). Bei den Rechtsverbrechen ist das objective Dasein des zu verletzenden Rechtes ebenso wenig erforderlich, als die Möglichkeit der vollendeten Rechtsverletzung, oder eine solche Handlung, aus welcher, abgesehen von äußeren Umständen, welche entgegentreten, die Vollendung hervorgehen konnte. Bei den Gesetzesverbrechen ist dagegen das objective Dasein eines Verbotes schlechterdings nothwendig, sowie auch die Handlung eine solche sein muß, daß sie zur Vollendung der verbotenen Handlung führen konnte, wenn nicht Umstände, die von dem Handelnden unabhängig waren, die Vollendung unmöglich gemacht hätten [3]). Bei

---

cipe der öffentlichen Strafe nicht ganz gemäß ist, den Versuch gelinder zu strafen, als die Vollendung.

1) Z. B. in dem ersten der in der vorigen Note angeführten Beispiele.

2) Daher sind ganz untaugliche Versuchshandlungen, z. B. wenn Jemand ohne Verwechselung Zucker vorsetzt, oder einer Schwangeren einen ganz unschuldigen Trank eingiebt, nicht aus dem Grunde straflos, weil sie nicht zur Vollendung führen können, sondern weil in ihnen kein Beweis liegt für das Dasein des Grundes des Verbrechens.

3) Z. B. es ist schon Versuch der Tödtung, wenn sich Jemand in mörderischer Absicht auf die Lauer stellt; Versuch des

Digitized by Google

beiden Arten von Verbrechen hat aber die äußere Erscheinung nur die Bedeutung, den Beweis zu führen, daß der Grund vorliege, aus welchem sie für Verbrechen erklärt worden sind. Wird dieser Beweis geführt bei den Rechtsverbrechen durch die hervorgebrachte vollendete Rechtsverletzung, bei den Gesetzesverbrechen durch die vollendete verbotene Handlung, so nennt man die Verbrechen vollendete Verbrechen. Umgekehrt nennt man dieselben versuchte Verbrechen, wenn dieser Beweis geführt wird bei jenen durch die bloße Richtung der Handlung auf die Rechtsverletzung, bei diesen durch den Anfang der verbotenen Handlung. Bei beiden Arten von Verbrechen betrifft aber der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung nur die äußere Erscheinung des Verbrechens [1]).

Diebstahls, wenn er in fremde Behausungen einsteigt, obgleich das Auflauern und das Einsteigen noch nicht diejenigen Handlungen sind, welche unmittelbar zur Vollendung führen können. Dagegen ist es noch kein Versuch eines Ehebruches oder Stuprums, wenn Jemand in unzüchtiger Absicht einem Frauenzimmer auflauert, weil darin nur der Wille der Uebertretung, nicht diese selbst liegt.

1) Die in dem Obigen aufgestellten Resultate, welche durch consequentes Fortschließen aus der Natur und dem Grunde der Verbrechen gewonnen sind, finden ihre vollkommene Bestätigung in dem positiven Rechte. In dem ersten Bande meiner Abhandlungen habe ich bei den einzelnen Verbrechen nachgewiesen, worin der Versuch derselben bestehe, und die daselbst lediglich aus dem positiven Rechte abgeleiteten Sätze stimmen mit den hier entwickelten vollkommen überein.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

Von der Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird.

Es ist schon früher bemerkt worden und bedarf auch an und für sich keines weiteren Beweises, daß von einer verbrecherischen Erscheinung nur in sofern die Rede sein kann, als dieselbe durch eine menschliche Handlung hervorgebracht worden war [1]). Daher muß jetzt die Natur dieser Handlung einer näheren Betrachtung unterworfen werden.

In der Einleitung zu dieser Abhandlung ist ausführlich nachgewiesen worden, daß die Zurechnungsfähigkeit und die Zurechnung keinen Bestandtheil des verbrecherischen Thatbestandes ausmachen könne [2]). Auf der anderen Seite gehört aber zu diesem Thatbestande eine menschliche Handlung, durch welche eben das Verbrechen hervorgebracht worden. Daraus folgt nothwendig, daß zu dem Begriffe der Handlung, wie er hier genommen wird, das Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit des Handelnden nicht gemacht werden dürfe. Ist doch auch in der That die Zurechnungsfähigkeit kein Zustand, der mit der Handlung selbst in Verbindung stehet, da er vor und nach der Handlung kein anderer ist, als während derselben. Nicht ein Mal für eine Voraussetzung der Handlung, noch weniger für einen Bestandtheil derselben kann die Zurechnungsfähigkeit gelten. Denn wenn es wirklich wahr wäre, daß

1) S. oben S. 110.
2) S. oben S. 72 ff.

Digitized by Google

ohne Zurechnungsfähigkeit gar keine Handlung begangen werden kann, so befände sich der Untersuchungsrichter in einer schlimmen Alternative. Entweder würde er, ehe er die Untersuchung darauf richtete, ob Jemand überhaupt ein Verbrechen begangen, die Zurechnungsfähigkeit desselben zu ermitteln suchen müssen, da das Dasein der Voraussetzung des Verbrechens hergestellt sein müßte, ehe verständiger Weise nach diesem selbst geforscht werden könnte. Oder er würde, wenn ihm das Dasein des Verbrechens bewiesen wäre, daraus den Schluß ziehen müssen, daß auch die Zurechnungsfähigkeit, als die Voraussetzung des Verbrechens, vorhanden sein müsse, da das Vorausgesetzte nicht ohne seine Voraussetzung zur Existenz gekommen sein könnte. Das Erstere würde allen processualischen Grundsätzen widerstreiten, indem es erst von Interesse sein kann, die Zurechnungsfähigkeit zu ermitteln, wenn gewiß ist, daß im Falle ihres Daseins gestraft werden könne, daß also ein Verbrechen begangen worden sei; das Zweite würde zwar dem Richter zur Bequemlichkeit gereichen, aber auf Gefahr seines Gewissens und des Unschuldigen, da erfahrungsmäßig Verbrechen auch von Unzurechnungsfähigen begangen werden können [1]). Vielmehr ist die Ordnung, nach welcher in der Untersuchung die Ermittelung der Zurechnungsfähigkeit eines bestimmten Menschen an die Reihe kommt und an die Reihe kommen muß, nämlich erst, nachdem gewiß ist, daß derselbe ein Verbrechen begangen habe, der augenscheinliche Beweis dafür, daß die Zurechnungsfähigkeit selbst nicht mit in dem Verbrechen, und also auch nicht in der Handlung, durch welche dasselbe hervorgebracht wird, enthalten sein könne. Die Zurechnungsfähigkeit ist

1) S. oben S. 88.

vielmehr eine Voraussetzung der Bestrafung, von welcher erst nach bewiesenem Verbrechen die Rede sein kann. Philosophisch mag man von Handlung und von Verbrechen nur sprechen, in sofern beide von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgegangen waren; juristisch sind aber diese Begriffe von keiner Brauchbarkeit, da hier Handlung und Verbrechen abgesondert von der Zurechnungsfähigkeit in Betrachtung kommen [1]).

Die Gesetze bedienen sich, wie es auch der Natur der Sache nach nicht anders sein kann, einer doppelten Ausdrucksweise, um anzudeuten, daß die verbrecherische Erscheinung durch eine menschliche Handlung hervorgebracht worden sein müsse. Entweder nämlich wird durch ein Substantivum [2]), oder durch ein Verbum [3]) ausgedrückt, daß Jemand ein bestimmtes Verbrechen begangen habe. Beide Ausdrucksweisen können nur denjenigen bezeichnen, der durch seine eigene Handlung ein Verbrechen hervorgebracht hatte, da unmöglich unter dem, der als ein Verbrecher bestimmter Art ausgegeben, oder von dem gesagt wird, daß er ein bestimmtes Verbrechen begangen habe, Jemand gemeint sein kann, der das Verbrechen nicht durch seine

1) S. oben S. 76.

2) Z. B. l. 1. pr. D. 47. 11. „Sollicitatores alienarum nuptiarum ... extra ordinem puniuntur"; l. 7. eod.: „Sacculatarii, item directarii plus quam fures puniendi sunt." P. G. O. Art. 125: „die boshaftigen überwunden Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden." Art. 126. „ein jeder boshaftiger überwundener Räuber soll u. s. w."

3) L. 1. pr. D. 48. 8. Lege Cornel. tenetur, qui hominem occiderit, cujusve dolo malo incendium factum erit, etc. P. G. O. Art. 130: „wer jemand durch gift oder Venen an leib oder leben beschädigt." Art. 157: „so eyner erstlich gestolen hat" u. s. w.

Digitized by Google

Handlungsweise hervorgebracht hatte. Anders aber, als durch eine menschliche Handlung, kann das Verbrechen gar nicht hervorgebracht werden.

Um daher zu beurtheilen, ob Jemand ein Verbrechen begangen habe, wird es vor Allem darauf ankommen, daß er gehandelt habe. Auf der anderen Seite würde die Handlung im Strafrechte gar nicht in Betracht kommen, wenn sie nicht zu der verbrecherischen Erscheinung geführt hätte [1]). Daraus folgt, daß von dem Menschen nur alsdann gesagt werden kann, er habe gehandelt, wenn durch ihn selbst und nicht durch einen Anderen die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht worden war. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, daß, wenn mehrere Menschen zu der Entstehung einer und derselben verbrecherischen Erscheinung beigetragen haben, von jedem derselben gesagt werden könne, er habe gehandelt; allein so viel ist gewiß, daß Jemand nicht gehandelt haben kann, wenn er zu der Entstehung der verbrecherischen Erscheinung nicht beigetragen hatte.

Für die Handlung eines Menschen wird daher nur sein eigenes Thun oder Unterlassen, nicht die Thätigkeit fremder Menschen gelten können. Eigenes Thun oder Unterlassen ist aber dasjenige, welches in dem Menschen selbst seinen Grund hat und nicht in fremden, außer ihm liegenden Gewalten. Das bedarf keines weiteren Beweises, und wäre kaum zu erwähnen nöthig gewesen, wenn es nicht den Anhaltepunct gewährte, folgende Bemerkungen daran zu knüpfen.

Unter den Gründen, durch welche die Zurechnung ausgeschlossen werde, führen die Rechtslehrer in der Regel

1) S. oben S. 115.

Digitized by Google

auch äußere, physische Gewalt auf, so genannte vis absoluta, durch welche Jemand nur zum Werkzeuge diene, einen strafbaren Erfolg hervorzubringen [1]). Nach dem, was in dem Früheren über Wesen und Bedeutung der Zurechnung gesagt worden ist, kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß in der That durch äußere absolute Gewalt die Zurechnung ausgeschlossen werde. Denn wer einem Anderen nur zum Werkzeuge dient, der handelt nicht, sondern es wird durch ihn gehandelt, und der Erfolg, der daraus hervorgehet, kann nicht als das Product seiner Handlung, sondern nur als das Bewirkte der Gewalt angesehen werden, die sich seiner bedient hat. Daher kann das Urtheil der Zurechnung in Beziehung auf Denjenigen, durch den gehandelt worden ist, nur aus dem Grunde nicht Statt finden, weil Nichts da ist, was zugerechnet werden könnte. Es läßt sich auch von diesem Falle mit Wächter [2]) sagen, daß die Zurechenbarkeit der verletzenden That ausgeschlossen sei. Denn nur das Zurechenbare, d. h. das, was zugerechnet werden kann, ist Gegenstand der Zurechnung, so daß, wo die Zurechenbarkeit hinwegfällt, auch von Zurechnung keine Rede sein kann. Allein nicht in diesem Sinne meinen es die Rechtslehrer, wenn sie sagen, daß durch absolute Gewalt die Zurechnung und die Zurechenbarkeit ausgeschlossen werden. Denn sie führen die absolute Gewalt unter den Gründen der Zurechnungslosigkeit auf, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde [3]), so daß die Zurechnung hinwegfalle, nicht weil

1) Vergl. die oben S. 89. Note 2. angeführten Schriftsteller.

2) Lehrbuch, §. 68.

3) Martin, §. 37. spricht dieses deutlich aus, während die

es an dem Objecte derselben fehle, sondern weil sich der Mensch in unzurechnungsfähigem Zustande befunden. Derjenige, der gar nicht gehandelt, sondern nur zum Werkzeuge gedient hatte, wird in gleiche Kategorie mit denen gebracht, die in Folge unwiderstehlichen Instinctes, oder im Zustande von Geistes- und Gemüths-Krankheiten Handlungen begangen hatten.

Wie schon früher beiläufig bemerkt worden ist, wird es auch von unseren positiven Gesetzen gar nicht bestätigt, daß sich in unzurechnungsfähigem Zustande befinde, wer bloß in Folge mechanischer Gewalt dem Verbrechen Anderer zum Werkzeuge dient. Im Gegentheil sagt in der oben angeführten Stelle [1]) Papinian ausdrücklich, daß ein Weib, welches Gewalt erlitten, gar nicht gegen die lex Julia de adulteriis gehandelt habe, keines Weges, daß sich dieselbe in unzurechnungsfähigem Zustande befinde. Wenn es im canonischen Rechte, c. 41. VI. de reg. jur. 5. 12. heißt:

„Imputari non debet ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum",

so ist damit auch nur gesagt, daß es in einem solchen Falle an einem Gegenstande der Zurechnung gebreche. In anderen Stellen ist zwar nur im Allgemeinen ausgesprochen, daß im Falle äußerer Gewalt gegen den Gezwungenen keine Verurtheilung oder Strafe erfolgen könne [2]); allein

---

Uebrigen, weil sie die Ausdrücke Zurechnung, Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit promiscue gebrauchen, zwar Theilweise den Worten nach, aber nicht dem Sinne nach Recht haben.

1) S. oben S. 89. Note 2.

2) L. 13. §. 7. D. 48. 5.: „Quae vim patitur, non est in ea causa, ut damnetur." L. 20. C. 9. 9. c. 102. C. XI. qu. 3: „Qui ex necessitate aut ignorantia delinquunt, auctoritate

es ist dabei nicht gesagt, ob die Strafloſigkeit eintreten ſolle wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder wegen mangelnden Verbrechens, und es ſtehet Nichts im Wege, den Geſetzen den letzteren richtigen Grund unterzulegen, da jener unrichtige Grund, auch wenn ſich die Geſetze ausdrücklich auf denſelben berufen hätten, dadurch nicht zur juriſtiſchen Wahrheit werden könnte [1]).

Es macht aber einen wichtigen Unterſchied, ob man die Strafloſigkeit, welche, wie ſchon der geſunde Verſtand eingiebt, im Falle abſoluter Gewalt eintreten muß, herleiten will aus dem Grunde mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder aus dem Grunde mangelnden Verbrechens. Das zeigt ſich am beſten an der Darſtellung von Feuerbach, deſſen Lehre von der Zurechnung an argen Widerſprüchen und Inconſequenzen leidet.

Feuerbach lehrt [2]), die Anwendung des Strafgeſetzes ſei bedingt durch das Daſein eines geſetzwidrigen Willens, auf welchen die objectiv ſtrafbare That durch die Zurechnung bezogen werde. Der äußere und innere Zuſtand einer Perſon aber, vermöge welches ihr eine That zugerechnet werden könne, ſei die Zurechnungsfähigkeit.

Gegen dieſe Sätze läßt ſich Nichts einwenden, namentlich in ſofern in denſelben geſagt iſt, daß die Anwendung des Strafgeſetzes hinwegfalle, wenn ſich die Perſon in einem Zuſtande befunden habe, vermöge welches ihr die

---

nostra per te absolvantur, si tamen ipsa eorum ignorantia vel necessitas vera et non simulata vel non ex voluntate processerit.“ c. 6. C. XV. qu. 1.

1) Nach der bekannten Regel, daß von einem Geſetze nur das Dispoſitive Gültigkeit haben kann.

2) Lehrbuch, §. 84.

Digitized by Google

That nicht zugerechnet werden könne. Allein kurz darauf stellt Feuerbach folgende Behauptung auf [1]):

Der Zustand einer Person, in welchem für dieselbe die Möglichkeit aufgehoben gewesen, entweder überhaupt nach Willkür zu handeln oder ihre Willkür den Strafgesetzen gemäß zu bestimmen, schließe die Strafbarkeit nur unter der Voraussetzung aus, daß nicht nur 1) die Möglichkeit eines gesetzwidrigen Willens aufgehoben war in unmittelbarer Beziehung auf die rechtswidrige That, d. i. bei und während ihrer Begehung (unmittelbare Zurechnung zum dolus oder zur culpa), sondern auch 2), daß dem die unmittelbare Zurechnung ausschließenden Zustande nicht selbst ein gesetzwidriger Wille, entweder rechtswidriger Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu Grunde liege.

Es leuchtet von selbst ein, daß diese Behauptung, nach welcher Strafbarkeit soll eintreten können auch bei einem Zustande, welcher die unmittelbare Zurechnung ausschloß, in offenbarem Widerspruche stehet mit jenen Sätzen, nach denen die Strafbarkeit durch den Zustand der Zurechnungsfähigkeit bedingt sein soll. Entweder ist der Zustand der Zurechnungsfähigkeit zur Strafbarkeit schlechterdings erforderlich: und alsdann kann Nichts darauf ankommen, auf welche Weise Jemand in unzurechnungsfähigen Zustand gerathen, ob mit oder ohne eigene Verschuldung. Oder das Eintreten oder Nichteintreten der Strafbarkeit ist davon abhängig, ob Jemand selbst Schuld daran habe oder nicht, daß er sich in unzurechnungsfähigem Zustande befindet: und alsdann darf man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit nicht als absolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufstellen.

1) a. a. O. §. 88.

Digitized by Google

Es bedarf aber keiner weiteren Ausführung, daß Zurechnungsfähigkeit unbedingte Voraussetzung aller Strafbarkeit sei. Daraus folgt, wie schon bemerkt worden, daß Zurechnungsunfähigkeit, ohne alle Rücksicht auf die Ursache ihrer Entstehung, die Strafbarkeit stets ausschließen müsse[1]). Und hieraus gehet als weitere Folge hervor, daß ein Zustand, der wirklich die Strafbarkeit nur unter der Voraussetzung aufhebt, daß der Mensch sich ohne sein Verschulden in demselben befunden hatte, nicht unter die Zustände der Zurechnungsunfähigkeit gerechnet werden könne.

---

1) Feuerbach a. a. O. §. 88. Note c, führt als Beispiel, in welchem Jemand sich durch eigene Schuld in einen die unmittelbare Zurechnung ausschließenden Zustande befunden, und deßhalb der Strafbarkeit unterliege, den Fall an, da er sich in den höchsten Grad der Trunkenheit versetzt habe, um in diesem Zustande zu morden. Allein schon Hefftter, §. 53. Note 12. bemerkt mit Recht, daß in Beziehung auf das, was in solchen Zuständen geschehe, es in Ansehung der Zurechnungslosigkeit ohne Einfluß sei, ob dieselben verschuldet seien, oder nicht. Wenn aber Hefftter im Texte sagt, die innerhalb dieser Gränze (nämlich des bewußtlosen Zustandes), Statt findende Zurechnungslosigkeit schließe jedoch die außer derselben mögliche Zurechnung der nämlichen Handlung nicht aus, sofern ein derartiger Zustand zur Ausführung eines Verbrechens vorbereitet worden sei oder wenigstens zu vermeiden gewesen wäre, so verfällt er damit in dieselbe Inconsequenz, welche er in der angeführten Note gerügt hat. Denn man würde alsdann etwas, was in einem angeblich zurechnungslosen Zustande geschehen, auf einen zurechnungsfähigen Zustand übertragen und als in diesem geschehen betrachten, bloß aus dem Grunde, weil der Handelnde den zurechnungslosen Zustand selbst verschuldet. Die Strafbarkeit in dem von Feuerbach angeführten Beispiele leugne ich nicht, sondern nur die von der Selbstverschuldung des angeblich zurechnungslosen Zustandes hergenommene Begründung derselben. In dem dritten Capitel dieser Abhandlung komme ich darauf zurück.

Digitized by Google

In Beziehung auf den Fall absoluter Gewalt lehrt Feuerbach[1]) weiter, daß keine Schuld vorhanden sei, und zwar bei Begehungsverbrechen, wenn die That in einem nicht selbst verschuldeten Zustande, bloß mittelst der mechanisch bestimmten Körperkräfte der Person geschehen sei, bei Unterlassungsverbrechen dagegen, wenn der Person wegen äußerer unverschuldeter Hindernisse oder wegen Mangels der erforderlichen physischen Kräfte das gebotene Thun unmöglich gewesen. Auch Martin, der die absolute Gewalt ebenfalls zu den Gründen der Zurechnungslosigkeit rechnet, will den Bezwungenen, der nur zum Werkzeuge diente, von aller Zurechnung nur alsdann frei werden lassen, wenn die Gewalt eine stärkere gewesen war und er den gehörig kräftigen Widerstand geleistet hatte[2]).

Der Sache nach haben auch die genannten Rechtslehrer vollkommen Recht. Wer selbst daran Schuld hat, daß er bei einem Verbrechen zum Werkzeuge diente, muß auch, wie schon der gesunde Verstand eingiebt, der Strafbarkeit unterliegen. Die Carolina setzt als Beispiel einen Barbier, der von einem Anderen so gestoßen oder geworfen wird, daß er demjenigen, den er schert, die Gurgel abschneidet. Es wird unterschieden, ob der Barbier in seiner Stube, wo gewöhnlich sei, zu scheren, oder ob er auf der Gasse oder einer anderen ungewöhnlichen Stätte sein Werk verrichtet habe. Nur im ersteren Falle sei er von der Strafe entschuldigt[3]), ohne Zweifel, weil er im zweiten Falle selbst Schuld hat an dem unglücklichen Erfolge.

---

1) a. a. O. §. 89.

2) Lehrbuch, §. 37. Note 2.

3) P. G. O. Art. 146. Das Beispiel ist übrigens genommen aus l. 11. pr. D. 9. 2.

Digitized by Google

An Statt aber, wie es das Richtige gewesen wäre, daraus zu schließen, daß absolute Gewalt überhaupt nicht zu den Gründen der Zurechnungslosigkeit gehören könne, hat sich Feuerbach dadurch vielmehr verleiten lassen, der Zurechnungslosigkeit, nur wenn sie unverschuldet ist, Straflosigkeit zuzugestehen. Wie aber dieses ein Verstoß ist gegen die unumstößliche Wahrheit, daß Strafe nur gegen den Zurechnungsfähigen verhängt werden kann, so wird auch dadurch in das Wesen der Zurechnung und der Zurechnungsfähigkeit nothwendiger Weise Ungehöriges hineingetragen. Wenn absolute Gewalt, die auf Jemanden einwirkt, unter die Gründe der Zurechnungslosigkeit gehört, so ist es allerdings consequent, zur Grundlage der Zurechnungsfähigkeit auch das Erforderniß zu machen, daß von der Willkür des Menschen der Gebrauch seiner Körperkräfte abgehangen habe [1]). Allein die einzige Grundlage der Zurechnung ist die Vernunft des Menschen, und zurechnungsfähig kann er lediglich als Vernunftwesen sein, und so weit er Vernunftwesen ist [2]). Denn die unvernünftigen Thiere unterliegen keiner Zurechnung, woraus von selbst folgt, daß nur das, was den Menschen vom Thiere unterscheidet, die Zurechnungsfähigkeit begründen kann. Ein Grund der Zurechnungslosigkeit kann daher nur in solchen Zuständen liegen, in welchen der Mensch seiner Vernunft ganz oder theilweise beraubt ist, keines Weges in Verhältnissen, die bloß körperlich auf den Menschen einwirken, ohne seine Vernunft zu berühren. Die Carolina spricht, wo von der Zurechnungslosigkeit gehandelt wird, nur von Solchen, die ihrer Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halben ihre

1) Martin, §. 32.
2) Abegg, §. 80.

Digitized by Google

Sinne nicht haben [1]), und unterscheidet sehr wohl diejenigen, die in diesem Zustande getödtet hatten, von denen, welche in Folge absoluter Gewalt einen Anderen entleibten [2]). Die Zurechnungsfähigkeit ist es, was den Menschen eigentlich zum Rechtssubjecte und zum Menschen macht, und es wäre in der That eine schlimme Sache, wenn man dieser Eigenschaft durch die Gewalt oder den Stoß eines Dritten auch nur für einen Augenblick sollte entkleidet werden können.

In Wahrheit aber kann von absoluter Gewalt gar nicht die Rede sein, wenn Jemand durch eigene Verschuldung in einen Zustand gerathen war, in welchem die verbrecherische Erscheinung von ihm hervorgebracht werden mußte. Denn es geschieht eben alsdann nicht durch äußere Gewalt, sondern durch seine eigene Handlung, daß die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht wurde. Der Zustand, in welchem die verbrecherische Erscheinung von ihm nicht vermieden werden konnte, ist alsdann ein wirklicher Theil seiner Handlung, der ihm ebenso gut angehört, als der Act, durch welchen er sich in diesen Zustand versetzet. Nur wenn der Mensch nicht durch eigene Schuld in diesen Zustand versetzt wurde, läßt sich behaupten, daß der dadurch hervorgebrachte Erfolg durch äußere Gewalt und nicht durch eine eigene Handlung hervorgebracht worden sei. Die Zurechnung und die Strafe ist, worüber Alle einverstanden sein werden, in diesem Falle ausgeschlossen; aber der Grund liegt nicht in der Zurechnungslosigkeit, sondern in dem Mangel eines Objectes für die Zurechnung, da dem Menschen keine andere, als die durch seine eigene

1) P. G. O. Art. 179.

2) P. G. O. Art. 150. verglichen mit Art. 146.

Digitized by Google

Handlung bewirkte verbrecherische Erscheinung zugerechnet werden kann. Daß aber in der That der Mensch die verbrecherische Erscheinung durch seine eigene Handlung hervorbrachte, wenn er sich selbst in einen Zustand versetzte, in welchem dieselbe hervorgebracht werden mußte, wird sich aus Folgendem ergeben.

Die menschliche Handlung kann, wie öfters bemerkt worden ist, im Strafrechte überhaupt nur in soweit in Betracht kommen, als sie zu einer verbrecherischen Erscheinung geführt hatte. Man pflegt zwar im Sprachgebrauche nicht immer zwischen der Handlung für sich genommen und der durch dieselbe bewirkten Erscheinung zu unterscheiden, sondern beide zusammen unter einer Benennung zu begreifen, wie z. B. durch die Ausdrücke Tödtung, Diebstahl, Raub, Brandstiftung, Ehebruch, Stuprum u. s. w. die Handlung zugleich mit der Erscheinung, welche aus ihr hervorgegangen, bezeichnet wird. Allein juristisch muß man zwischen beiden unterscheiden, da die äußere Erscheinung immer das Erste ist, welches in die Betrachtung fällt und erst Veranlassung geben kann, zu ermitteln, ob überhaupt Jemand eine Handlung begangen hatte [1]). Die äußere Erscheinung des Verbrechens ist aber eine Einwirkung auf die Sinnenwelt, eine, wenngleich vielleicht nur vorübergehende Veränderung in derselben, welche der Mensch hervorgebracht hat. Dieselbe ist daher etwas außerhalb des handelnden Menschen in der Sinnenwelt Liegendes, welches, da überhaupt Nichts Allgemeines, sondern nur Besonderes und Einzelnes in die Erscheinung treten kann, schlechterdings als diese oder jene bestimmte Erscheinung vorkommen muß. Wäre aber die Handlung, von welcher hier die Rede ist,

1) S. oben S. 114 und 115.

Digitized by Google

Nichts weiter, als eine bloße Bewegung der körperlichen oder intellectuellen Kräfte des Menschen, so würde überhaupt gar nicht von einer bestimmten, durch dieselbe hervorgebrachten Erscheinung die Rede sein können. Denn daß sie gerade die bestimmte Erscheinung ist, welche sie ist, kann seinen Grund ebenfalls nur in Ursachen haben, welche außerhalb des handelnden Menschen liegen, da die bloße Bewegung seiner körperlichen oder intellectuellen Kräfte unmöglich zu derselben hätte führen können, wenn nicht Gesetze oder Kräfte der Natur bestanden hätten, nach welchen es schlechterdings geschehen mußte. Und nur durch die Wirksamkeit dieser Kräfte oder Gesetze der Natur ist es möglich, daß die menschliche Thätigkeit die bestimmte Erscheinung nach sich ziehen konnte. Aber auf der anderen Seite ist gewiß, daß sich nicht sagen läßt, eine Erscheinung sei durch eine menschliche Handlung hervorgebracht worden, wenn sie nach den Gesetzen der Natur, auch ohne daß ein Mensch dabei thätig war, in der geschehenen Weise eingetreten sein würde. Wenn daher überhaupt soll gesagt werden können, daß eine bestimmte Erscheinung durch die Handlung eines Menschen hervorgebracht worden sei, so wird unter Handlung Nichts Anderes verstanden werden können, als die Thätigkeit des Menschen, oder die Bewegung seiner körperlichen oder intellectuellen Kräfte, durch welche Ursachen in Wirksamkeit gesetzt wurden, aus denen die verbrecherische Erscheinung als Folge hervorgehen mußte. Die Handlung, welche zu einer verbrecherischen Erscheinung führt, muß daher nothwendig aus zwei Theilen bestehen, nämlich aus der Thätigkeit des Menschen oder der Bewegung seiner körperlichen oder intellectuellen Kräfte, und aus der durch diese Bewegung veranlaßten Wirksamkeit gewisser Kräfte oder Gesetze der Natur, wodurch die Er-

Digitized by Google

scheinung hervorgebracht wurde. Erst in ihrer Vereinigung machen diese beiden Theile die Handlung aus, indem eines Theils ohne die Wirksamkeit jener Gesetze der Natur die Thätigkeit des Menschen nicht im Stande gewesen wäre, die Erscheinung hervorzubringen, und anderes Theiles die Erscheinung, wenn sie ganz unabhängig von dem Menschen, bloß durch die Gesetze der Natur eingetreten wäre, nicht auf die Thätigkeit desselben würde bezogen werden können [1]).

Die absolute Gewalt aber, durch welche eine Erscheinung hervorgebracht wird, ist in Beziehung auf denjenigen, der ihr zum Werkzeuge diente, ebenfalls Nichts Anderes, als ein Gesetz der Natur, nach welchem, wenn es ein Mal in Wirksamkeit gesetzt war, die Erscheinung nothwendig erfolgen mußte. Daraus folgt nach dem Bisherigen von selbst, daß das Wirken dieser Gewalt als ein Theil der menschlichen Handlung angesehen werden muß, wenn der Mensch durch seine eigene Thätigkeit die Veranlassung gab, daß er jener Gewalt zum Werkzeuge dienen mußte. Der Barbier, der in dem oben angeführten Beispiele in einer belebten Straße seine Arbeit verrichtet, befindet sich in der That ganz in demselben Falle, als derjenige, der an einem gangbaren Orte ein geladenes Gewehr abfeuert. In beiden Fällen geschiehet es nach den

1) Z. B. der Mörder kann weiter Nichts, als den Streich führen: der Tod konnte nur erfolgen, weil nach den Gesetzen der Natur der Verwundete nicht länger fortleben konnte. Der Dieb ergreift die Sache und entfernt sich mit derselben; daß der Bestohlene die Detention verliert, beruht ebenfalls in den Gesetzen der Natur; der Nothzüchter thut Gewalt an: daß die Benöthigte unterliegt, oder sich seiner erwehrt, kann gleichfalls nur in den Naturgesetzen gegründet sein.

Digitized by Google

Gesetzen der Natur, wenn der Tod eines Menschen erfolgte; denn durch den Stoß auf das an der Gurgel stehende Scheermesser mußte dieselbe abgeschnitten werden, sowie die in gewisser Richtung fliegende Kugel den in derselben stehenden Menschen nothwendig treffen mußte. Wie in dem zweiten Falle Niemand daran zweifeln wird, daß der Abschießende durch seine Handlung getödtet habe, so muß dasselbe consequenter Weise auch von dem ersten Falle angenommen werden. Denn der Barbier gab durch seine eigene Thätigkeit die Veranlassung, daß er gestoßen wurde, so daß der erlittene Stoß als ein Theil seiner Handlung erscheint. In diesem Falle ist also die Zurechnung nicht ausgeschlossen, aber nicht aus dem Grunde, weil sich der Mensch durch seine eigene Schuld in einen zurechnungslosen Zustand versetzt hatte, sondern weil er die Erscheinung durch seine eigene Handlung hervorgebracht hatte [1]). Umgekehrt dagegen ist die Zurechnung in Beziehung auf einen bestimmten Menschen ausgeschlossen, wenn die Kräfte oder Gesetze der Natur, und darunter gehört die vis absoluta, die Hervorbringung der verbrecherischen Erscheinung bewirkt hatten, ohne durch seine Thätigkeit dazu veranlaßt worden zu sein [2]). Aber auch hier liegt der Grund nicht in

---

1) Dabei versteht sich von selbst, daß auch hier Zurechnungslosigkeit vorkommen kann, etwa wenn, um bei dem Beispiele der Carolina zu bleiben, der Barbier in Wahnsinn befangen war.

2) Ob die vis absoluta von einem Dritten ausgeübt wurde, oder anderswo herrührte, ist in Beziehung auf den Gezwungenen natürlich gleichgültig. Beispiele lassen sich vielfach denken. Der Barbier, der in seiner Badestube gestoßen wird und die Gurgel abschneidet, erleidet absolute Gewalt, weil der erlittene Stoß nicht durch seine Thätigkeit veranlaßt war. Ein anderes Beispiel in l. 4. §. 2. D. 48. 8: „Nemo liberum servumque in-

Digitized by Google

seiner unverschuldeten Zurechnungslosigkeit, sondern lediglich darin, daß gar keine Handlung von ihm begangen worden war.

Aus dem Bisherigen geht hervor, daß von einer eigenen Handlung des Menschen nur alsdann die Rede sein kann, wenn durch seine eigene Thätigkeit und nicht durch fremde, außer ihm liegende physische Gewalt die Gesetze oder Kräfte der Natur in Wirksamkeit gesetzt waren, um das Verbrechen hervorzubringen. Was den Menschen zu dieser Thätigkeit veranlaßte, ist gleichgültig, so lange es sich nur um die Frage handelt, ob überhaupt eine Handlung von ihm begangen worden sei. Es kann zwar in anderen Beziehungen wichtige Unterschiede machen, ob der Mensch aus eigenem inneren Antriebe und bestimmt durch eigene Zwecke thätig war, oder ob er dabei unter fremdem Einflusse stand und etwa durch Befehl oder Drohung eines Anderen oder in Folge eigener irrthümlicher Voraussetzungen zu seiner Thätigkeit bewogen worden war [1]). Allein

---

vitum sinentemve castrare debet; ... item ipsi (capitale erit), qui se sponte excidendum praebuit." Wenngleich in diesem Falle der sinens sich etwa hatte binden lassen, damit die Operation vollzogen werden könne, läßt sich doch von ihm nicht sagen, daß er absolute Gewalt erleide. Wer eine Pflicht, welche ihm bei Strafe oblag, nicht erfüllte, weil er entfernt war von dem Orte der Erfüllung, erleidet absolute Gewalt, wenn er durch den Zwang eines Dritten oder durch unterbrochene Communication verhindert war, denselben zu erreichen. Dagegen ist die Nichterfüllung seine eigene Handlung, wenn er sich freiwillig so weit entfernt hatte, daß ihm die Erfüllung zu rechter Zeit und am gehörigen Orte unmöglich wurde.

1) Es ist selbst möglich, daß in solchen Fällen die Zurechnung ausgeschlossen ist, aber ebenfalls nicht aus dem Grunde mangelnder Zurechnungsfähigkeit, sondern nur aus dem Grunde man-

Digitized by Google

der Begriff der Handlung als solcher kann nicht davon abhängig sein, da ungeachtet des fremden moralischen Einflusses, unter welchem er stand, seine Thätigkeit in ihm selbst ihren Grund hatte und nicht hätte Statt finden können, wenn er nicht selbst diesen Einflüssen nachgegeben hätte.

Um aber den angegebenen Begriff der Handlung vollständig zu erschöpfen, ist noch erforderlich, die beiden Bestandtheile derselben, die menschliche Thätigkeit nämlich, und die durch dieselbe in Wirksamkeit gesetzten Gesetze oder Kräfte der Natur in nähere Betrachtung zu ziehen.

Hier ist der Ort, auf die schon früher angedeutete Eintheilung der Verbrechen in Begehungsverbrechen und in Unterlassungsverbrechen zurückzukommen [1]). Denn diese Eintheilung beziehet sich auf die Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht worden, und zwar auf den einen Bestandtheil derselben, auf die Thätigkeit nämlich, durch welche der Mensch die außerhalb seiner liegenden Kräfte oder Gesetze der Natur, welche die verbrecherische Erscheinung zur Folge haben, in Wirksamkeit treten läßt. Die Eintheilung findet sich dem Namen nach in allen unseren Lehrbüchern; der Sache nach aber pflegt wenig Genügendes darüber vorgetragen zu werden.

Der Hauptfehler, in welchen unsere Criminalisten dabei verfallen, liegt darin, daß sie nicht gehörig unterscheiden zwischen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne,

---

gelnden Verbrechens. Das Verbrechen fällt aber hier hinweg, nicht weil es überhaupt an einer Handlung fehlt, sondern aus anderen Gründen, namentlich bei Befehl oder Drohung, weil dadurch das zum Verbrechen gehörige Erforderniß der Rechtswidrigkeit aufgehoben sein kann.

1) S. oben S. 165.

Digitized by Google

und zwischen Verbrechen, welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden. Die beste Definition der Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne geben die älteren Lehrbücher, welche dieselben für die Verletzung eines Praeceptivgesetzes erklären, während durch die Begehungsverbrechen die Verletzung eines Prohibitivgesetzes begangen werde [1]). Wenn es ein Mal bei Strafe geboten ist, gewisse Handlungen zu begehen, so liegt allerdings in der Nichtbegehung dieser Handlungen eine Uebertretung des Gebotes und ein Verbrechen, welches man Unterlassungsverbrechen nennen kann. Es ist aber klar, daß zwischen Begehungsverbrechen und Unterlassungsverbrechen in diesem Sinne kein eigentlich materialer, sondern nur ein formaler Unterschied Statt findet, da in jedem Gebote immer ein Verbot, sowie umgekehrt in jedem Verbote ein Gebot enthalten sein muß, und es nur die größere Kürze und Präcision des Ausdruckes sein kann, welche den Gesetzgeber bestimmen muß, sich im einzelnen Falle der Form des Gebotes oder des Verbotes zu bedienen, um seine Willensmeinung zu erklären [2]). Denn wenn eine Handlung verboten ist, so ist damit geboten, sowie umgekehrt, wenn sie geboten ist, damit ver-

---

1) *Engau*, elem. jur. crim. §. 15. *Koch*, instit. jur. crim. §. 21.

2) Z B. das Gebot, daß Jeder von einer ihm bekannten hochverrätherischen Verbindung Anzeige machen müsse, läßt sich auch in das Verbot fassen, daß Niemand in einem solchen Falle vor gemachter Anzeige etwas Anderes vornehmen solle. Das Verbot, Niemand solle tödten oder stehlen, läßt sich auch in das Gebot auflösen, daß Jeder das Leben oder Eigenthum des Anderen thatsächlich anerkennen solle. In der Regel wird durch die Form des Verbotes die Willensmeinung des Gesetzgebers am Besten bezeichnet werden.

Digitized by Google

boten ist, dieselbe zu unterlassen. Es läßt sich aber auch sagen, daß es im Falle eines Verbotes geboten sei, irgend eine Handlung zu begehen, nämlich eine solche, welche nicht die in dem Verbote bezeichnete ist, sowie umgekehrt im Falle eines Gebotes gesagt werden kann, es sei verboten, Handlungen zu begehen, nämlich jede andere, als die in dem Gebote bezeichnete Handlung. Dasselbe sagt Paulus, in l. 121. D. 50. 17.

„Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est."

Denn als gar nicht thuend oder handelnd kann der Mensch juristisch gar nicht gedacht werden. Selbst was man im gewöhnlichen Leben Unthätigkeit nennt, erscheint juristisch als Thun und als Handlung, sowie die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit daraus entspringt, da außerdem der Mensch für etwas verantwortlich gemacht werden würde, das nicht aus seiner Thätigkeit oder aus seiner Handlung hervorgegangen wäre. Daraus folgt aber, daß im Falle eines Begehungsverbrechens sowohl, als eines Unterlassungsverbrechens eine andere Handlung begangen wird, als diejenige, welche nach dem Willen des Gesetzes begangen werden mußte, und daß also in sofern kein Unterschied zwischen ihnen Statt findet.

Wenn aber das Unterlassungsverbrechen bloß darin bestehet, daß die in dem Gebote bezeichnete Handlung nicht begangen wird, so ist klar, daß sämmtliche Unterlassungsverbrechen in die Classe der Gesetzesverbrechen gehören [1]). Denn das Unterlassungsverbrechen enthält eine Verletzung

1) S. oben S. 169 ff. S. 178.

Digitized by Google

des objectiven Rechtes lediglich aus dem Grunde, weil ein Gebot bestand, welches die bestimmte Handlung zur Pflicht machte, indem die Unterlassung derselben ohne das Gebot dem objectiven Rechte nicht zuwider gewesen sein würde. In sofern würde aber wiederum kein Unterschied zwischen Unterlassungsverbrechen und Begehungsverbrechen Statt finden. Denn auch diejenigen Begehungsverbrechen, welche Gesetzesverbrechen sind, haben ihren Grund lediglich darin, daß durch sie einem Verbote, welches aber nach dem Bisherigen auch auf ein Gebot reducirt werden kann, zuwider gehandelt wird. Ist aber dieses richtig, so kann nicht richtig sein, was gewöhnlich in den Lehrbüchern über die Unterlassungsverbrechen gelehrt wird.

Martin sagt, es verstehe sich in Ansehung der Unterlassungen ohne weitere Ausführung, daß dieselben nur alsdann ein Verbrechen begründen können, wenn die Unthätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletze [1]). Für die Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, bei welchen das Verbrechen lediglich in der Nichtbegehung der gebotenen Handlung bestehet, ist dieses richtig. Denn nur unter der Voraussetzung, daß man die unter Strafandrohung auferlegte Zwangspflicht hatte, eine Handlung zu begehen, kann die Unterlassung derselben als solche ein Verbrechen begründen. Nur ist dieses keine Eigenthümlichkeit der Unterlassungsverbrechen, wie Martin andeuten zu wollen scheint, da auch diejenigen Begehungsverbrechen, welche in die Classe der Gesetzesverbrechen gehören, es nur unter der Voraussetzung sind, daß durch die Begehung selbst schon eine Zwangspflicht verletzt werde. Der einzige Unterschied liegt darin, daß bei den Begehungsverbrechen

1) Lehrbuch, §. 33.

Digitized by Google

die Zwangspflicht durch die Thätigkeit, bei den Unterlassungsverbrechen durch die Unthätigkeit verletzt wird, ein Unterschied, der in sich selbst zusammen fällt, da jede Thätigkeit von der anderen Seite aus als Unthätigkeit, und umgekehrt diese als jene angesehen werden kann. Die Zwangspflicht, welche in diesen Fällen durch die bloße Thätigkeit oder durch die bloße Unthätigkeit verletzt wird, kann ihre Quelle nur in einem Gesetze haben, und der Grund, aus welchem die Begehung oder Unterlassung der verbotenen oder gebotenen Handlung Verbrechen ist, kann nur darin liegen, daß die Verletzung eines Gesetzes dadurch begangen wurde. Denn läge dieser Grund in der Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte, so könnte das Verbrechen nicht in der bloßen Thätigkeit oder Unthätigkeit für sich allein bestehen, sondern es müßte dieselbe in der That in dieser Richtung Statt gefunden haben. Das ist aber der Ansicht unserer Gesetze durchaus zuwider, welche bei den Verbrechen dieser Art auf die Verletzung des subjectiven Rechtes nirgends Rücksicht nehmen, und namentlich auch diejenigen Verbrechen, welche in einer Unterlassung als solcher bestehen, nicht als Verletzung eines subjectiven Rechtes auffassen [1]). Eine andere Zwangspflicht,

1) Die Fälle der Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne bestehen vorzüglich in der von Vielen so genannten negativen Theilnahme, da man die Verbrechen, welche ein Anderer begehen will, entweder durch Anzeige bei der Obrigkeit oder dem Bedrohten, oder durch Hülfe, welche diesem geleistet werden konnte, nicht zu verhindern suchte. Allein daß in diesen Fällen keine Theilnahme an dem Verbrechen des Anderen vorliegt, und daß die Nichtverhinderung keine Verletzung desjenigen Rechtes ist, welches der Andere durch sein Verbrechen angreifen will, habe ich schon Band I, S. 471 und 472. meiner Abhandlungen nachge-

Digitized by Google

als diese durch das Gesetz begründete, wird durch Verbrechen dieser Art nicht verletzt und deßwegen ist vorhin gesagt worden, es sei die beste Definition der Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, wenn dieselben für die Verletzung eines Präceptivgesetzes erklärt werden [1]).

In einer anderen Beziehung kann aber die angegebene, von Martin aufgestellte Behauptung nicht als richtig zugestanden werden. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß auch durch Unterlassungen ein Verbrechen begangen werden kann, welches nicht in der Unterlassung als solcher bestehet und dessen Grund nicht darin beruht, daß durch die Unthätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletzt wurde, welche in einem Gesetze auferlegt worden war.

---

wiesen. Außerdem kommen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne vor in dem Dienstverhältnisse der Beamten, welche sich durch Eingehung des Dienstvertrages dem Gesetze unterworfen, das gewisse positive Handlungen zur Pflicht machte. Aber hier wird durch die Unterlassung nicht der Dienstvertrag, sondern das Dienstgesetz verletzt. S. oben S. 182. — Kein Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, sondern ein Verbrechen durch eine Unterlassungshandlung wird begangen, wenn Jemand dem verbrecherischen Plane eines Anderen nicht widerspricht, sondern denselben genehmigt, wie weiter unten gezeigt werden wird.

1) Heffter, §. 31. definirt das delictum omissionis für ein solches, bei welchem das strafbare Handeln in der Nichterfüllung einer obligatio ad faciendum bestehe. Diese Definition ist in sofern zu weit, als nicht jede, sondern nur die durch ein Präceptivgesetz auferlegte obligatio ad faciendum ein eigentliches Unterlassungsverbrechen begründet, wenn sie nicht erfüllt wird. Zwar kann auch durch Nichterfüllung einer vertragsmäßig oder aus einem anderen Grunde entstandenen obligatio ad faciendum ein Verbrechen begründet werden. Allein der Grund des Verbrechens kann, wie sich bald ergeben wird, dabei nicht in der Nichterfüllung der obligatio bestehen.

Digitized by Google

Martin selbst führt unter dem, was er negativen Causalzusammenhang nennt, den Fall auf, da Jemand ein Kind durch Nichtdarreichen von Nahrungsmitteln tödtet [1]; das Verbrechen ist in diesem Falle begangen durch eine Unterlassung, durch die Nichterfüllung der Alimentationsverbindlichkeit, eine Unthätigkeit, von welcher sich nicht leugnen läßt, daß allerdings durch dieselbe eine Zwangspflicht verletzt werde. Allein die Verletzung dieser Zwangspflicht ist es nicht, wodurch in diesem Falle der Character des Verbrechens bestimmt wird; denn es ist nicht das Verbrechen unerfüllter Alimentationsverbindlichkeit, sondern das Verbrechen der Tödtung begangen worden. Die Nichterfüllung der Alimentationsverbindlichkeit an und für sich enthält Nichts Strafbares, sondern ist eine Civilverletzung, deren Ausgleichung lediglich dem Amte des Civilrichters anheim fällt; das Strafbare in diesem Falle liegt in der Tödtung und der Grund des Verbrechens darin, daß die Unterlassung, welche aber von ihrer anderen Seite aus als Handlung angesehen werden kann [2], die Richtung hatte, das Leben des Kindes zu verletzen. In dieser Richtung ist auf jeden Fall auch die Verletzung einer Zwangspflicht enthalten, und diese allein kann es sein, wodurch dem Verbrechen sein bestimmter Character gegeben wird. Daß eine besondere Verbindlichkeit zur Alimentation des Kindes bestand, ist für die Beurtheilung des Verbrechens an und für sich gleichgültig, da jede Handlung, welche auf Verletzung des Lebens gerichtet ist, denselben Character an sich trägt.

---

1) Lehrbuch, §. 47. Note 2, wo Bezug genommen wird auf l. 4. D. 25. 3. „Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit, et qui alimonia denegat.“

2) Meine Abhandlungen, Band I, S. 469.

Digitized by Google

Und da die Unterlassung von dem Begriffe der Handlung nicht ausgeschlossen ist, so muß auch jede Unterlassung, welche diese Richtung hat, das Verbrechen begründen können, ohne Rücksicht darauf, ob an und für sich eine Verbindlichkeit zu positiver Thätigkeit begründet war. Es wird nur darauf ankommen, in welchen Fällen sich von einer Unterlassung sagen lasse, daß sie diese Richtung gehabt habe. Denn jedes Falles liegt, unter Voraussetzung dieser Richtung, der Grund des Verbrechens in dieser und nicht darin, daß durch die Unthätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletzt wurde. Es muß also ein Unterschied gemacht werden zwischen Unterlassungen, welche die Richtung haben auf ein anderes Verbrechen und zwischen Unterlassungen, welche diese Richtung nicht haben. Nur von diesen letzteren ist es richtig, daß sie bloß unter der Voraussetzung ein Verbrechen begründen, daß durch die Unthätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletzt werde. Diese Zwangspflicht aber kann ihren Grund nur in einem Strafgesetze haben, so daß durch die Unthätigkeit für sich allein auch nur dieses Gesetz verletzt wird.

Feuerbach lehrt, in sofern eine Person ein Recht auf wirkliche Aeußerung unserer Thätigkeit habe, gebe es Unterlassungsverbrechen. Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen gehe, so setze ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund, Gesetz oder Vertrag, voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet werde. Ohne denselben werde man durch Unterlassungen kein Verbrecher [x]). Auch Spangenberg verlangt zum Unterlassungsverbrechen einen speciellen Rechtsgrund, durch welchen man

1) Lehrbuch, §. 24.

verpflichtet gewesen, eine positive Handlung zu begehen. Dieser Rechtsgrund entspringe aber aus dreierlei Quellen, nämlich entweder aus speciellen positiven Gesetzen, oder aus besonderen rechtlichen Verhältnissen, selbst bei mangelnden Pönalsanctionen, oder aus einem Vertrage [1]).

Wie es sich mit Feuerbachs Grundprincip, nulla poena (und nullum crimen) sine lege vereinigen lasse, daß auch durch bloßen Vertrag dem Menschen eine Handlungsweise zur Pflicht gemacht werden könne, deren Nichterfüllung Verbrechen sei, mag dahin gestellt bleiben. Jedes Falles ist gewiß, daß die Verletzung eines Vertrages nicht als solche Verbrechen sein kann, sondern nur, in sofern durch dieselbe eine Verletzung des objectiven Rechtes begangen wird. Diese Verletzung kann aber, wo nicht von einem eigentlichen Unterlassungsverbrechen die Rede ist, nur darin liegen, daß in der Nichterfüllung des Vertrages die Richtung auf die Begehung eines anderen Verbrechens enthalten ist. In welcher Weise das objective Recht dadurch verletzt worden und welches Verbrechen mithin begangen sei, kann daher nur von der Art des Verbrechens abhängig sein, auf dessen Begehung die Nichterfüllung gerichtet war. Wenn die Nichterfüllung in der That nur auf die Verletzung desjenigen Rechtes ging, welches in dem Vertrage stipulirt war, so bestimmt sich auch darnach das Verbrechen, welches durch dieselbe begangen worden. Ohne den Vertrag würde dieses Recht gar nicht existiren, sowie auch alsdann von einer Verbindlichkeit zur Erfüllung keine Rede sein könnte. Aber der Grund, aus welchem hier die Möglichkeit eines Verbrechens ausgeschlossen ist, liegt nicht darin, daß ohne

1) Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, im N. A. des C. R. IV. S. 527 ff.

Vertrag eine Unterlassung überhaupt kein Verbrechen begründen könne, sondern nur darin, daß in diesem Falle überhaupt in Beziehung auf ein Recht, welches gar nicht existirt, gar keine äußerlich erkennbare Unterlassung vorliegen würde. Denn von Handlungen und Unterlassungen kann im Rechtsgebiete immer nur so weit die Rede sein, als durch dieselben andere Menschen in irgend einer bestimmten Weise betroffen werden. Ob daher überhaupt und in welcher bestimmten Weise gehandelt worden sei, kann nur aus der Einwirkung erkannt werden, welche auf andere Menschen daraus hervorgegangen ist. Es ist zwar im Strafrechte, um ein Rechtsverbrechen herzustellen, nicht nothwendig, daß das subjective Recht, auf dessen Verletzung die Handlung ging, auch objectiv existirt habe, da die äußere Erscheinung des Rechtsverbrechens bloß darin zu bestehen braucht, daß die Richtung der Handlung auf die Verletzung des subjectiven Rechtes daraus erkannt werden könne [1]); allein diese äußere Erscheinung in Beziehung auf ein durch einen Vertrag begründetes Recht kann durch bloße Unterlassungen gar nicht hervorgebracht werden, wenn nicht wirklich ein Recht existirte, welches durch dieselben hätte verletzt werden können. Denn in einem gewissen Sinne läßt sich von allen Menschen behaupten, daß sie sich stets in einem unterlassenden Zustande befinden, da sie, wenn sie auch positiv thätig sind, doch nothwendig daneben andere Handlungen unterlassen müssen. Deßwegen kann von einer bestimmten Unterlassung, welche nicht an und für sich schon und ohne Rücksicht auf die in ihr liegende Richtung auf ein anderes Verbrechen strafbar ist, nur in sofern die Rede sein, als ein anderes Verbrechen durch die-

1) S. oben S. 200.

selbe begangen wird. Ist sie aber, wie hier angenommen wird, auf die Verletzung eines Vertragsrechtes gerichtet, so kann offenbar nur von demjenigen, der durch den Vertrag verbunden war, eine Unterlassung in Beziehung auf dieses Recht begangen werden [1]).

Es ist aber damit nicht gesagt, daß überhaupt kein Anderer, als wer sich durch Vertrag zu einer positiven Leistung verpflichtet hatte, eine rechtsverletzende Unterlassung begehen könne, sondern nur, daß die Verletzung eines Vertragsrechtes durch Unterlassung nur von demjenigen möglich sei, der die vertragsmäßige Verpflichtung auf sich genommen hatte. Der Grund davon liegt darin, daß das Vertragsrecht überhaupt nur zwischen den Contrahenten besteht, und daß also die Richtung auf Verletzung dieses Rechtes auch nur von einem der Contrahenten ausgehen kann. Es liegt aber auf der Hand, daß auch noch andere, als Vertragsrechte durch Unterlassungen verletzt werden können. Das ist zuvörderst der Fall in allen Vertragsverhältnissen, bei welchen die Nichterfüllung der Verbindlichkeit nur das Mittel ist, eine weitere Rechtsverletzung zu begehen. Beispiele davon lassen sich mehrfach aus unseren Quellen nachweisen.

L. 22. §. 7. D. 17. 1. Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumseris, et mandati et furti teneri te, Proculus ait.

---

1) Ueber strafbare Verletzung von Vertragsverbindlichkeiten vergl. Wächter, §. 206 ff., der aber mehrere nicht dazu gehörige Fälle, z. B. Ehebruch und Bigamie, mit hierher rechnet, welche übrigens auch in dem ersten Bande meiner Abhandlungen unrichtiger Weise als Vertragsverletzungen aufgefaßt sind. S. oben S. 181.

Digitized by Google

Der Mandatar verletzt hier durch Nichterfüllen des Auftrages nicht nur ein Vertragsrecht, sondern begehet auch ein furtum, weil eben die Richtung seiner Handlungsweise noch auf eine weitere Rechtsverletzung ging; das consumere ist zwar auch eine positive Handlung; allein dieselbe war nicht möglich ohne die vorhergegangene Unterlassung, welche in dem Nichtabliefern bestand. Auch wenn er die anvertraute Summe nicht verzehrt gehabt hätte, würde er ein furtum begangen haben, wenn sich nur aus dem Unterlassen der Ablieferung ergab, daß es in gewinnsüchtiger Absicht geschehen war [1]).

L. 1. §. 2. D. 47. 11. Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit, ... perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur. Corrupti comites summo supplicio adficiuntur.

Der Begleiter, welcher dem Knaben zum Schutze und zur Aufsicht mitgegeben war, begehet ebenfalls zunächst nur eine Unterlassung, wenn er nicht bei demselben bleibt und ihn mißbrauchen lässet. Hatte er sich durch Vertrag zur Beaufsichtigung des Knaben verbunden, so ist in dieser Unterlassung zunächst eine Vertragsverletzung enthalten [2]).

1) Die Unterschlagung wird zwar noch nicht durch eine bloße Veränderung des animus begangen, sondern erfordert, wie jedes furtum, eine wirkliche contrectatio. Allein diese wird sich immer auf die unterlassene Ablieferung reduciren lassen. S. auch meine Abhandlungen, Band I, S. 497.

2) L. 15. §. 16. D. 47. 10. Comitem accipere debemus eum, qui comitetur, et sequatur, et sive liberum, sive servum, sive masculum, sive foeminam. Et ita comitem Labeo definit, qui frequentandi cujusque causa, ut sequeretur, destinatus, in publico privatoque abductus fuerit. Inter comites utique et paedagogi erunt.

Digitized by Google

Allein er wird mit dem Tode bestraft, wenn er den Knaben zu dem Zwecke allein gelassen hatte, damit er der Verführung Anderer unterliege.

§. 6. J. 4. 3. Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, delinquerit curationem, et ob id mortuus fuerit servus, culpae reus erit.

Durch Uebernahme der Cur hat sich der Arzt zu positiven Leistungen verbunden. Wenn er dieselben unterlässet, so liegt auch darin zunächst eine Verletzung des Vertrages. Aber dieselbe kommt nicht als solche in Betracht, sondern nach der weiteren Rechtsverletzung, die dadurch hervorgebracht worden war.

Zwar ist richtig, daß in diesen Fällen der aus der Unterlassung hervorgegangene Erfolg dem Unterlassenden nicht würde zugerechnet werden können, wenn er nicht durch Vertrag zu positiven Leistungen verbunden gewesen wäre. Fragt man aber nach der Bedeutung, welche der Vertrag und die Verletzung desselben dabei haben, so liegt dieselbe nicht darin, daß ohne Vertrag der Unterlassende gar nicht die Verbindlichkeit gehabt hätte, bestimmte positive Handlungen zu leisten, sondern nur in dem Umstande, daß die eingetretenen Erfolge ohne Vertrag gar nicht hätten in der geschehenen Weise hervorgebracht werden können. Denn das furtum durch Nichtabliefern des anvertrauten Geldes konnte nur von dem Mandatar begangen werden; ebenso war die in Folge der unterlassenen Beaufsichtigung gelungene Verführung des Knaben nur möglich unter der Voraussetzung, daß der Begleiter die Beaufsichtigung über sich genommen hatte, und in derselben Weise konnte der Patient wegen der unterlassenen weiteren Behandlung nur sterben, nachdem der Arzt sich durch den Beginn der Behandlung zur Fortsetzung derselben verbindlich gemacht hatte.

Digitized by Google

Wenn es aber bloß die nicht erfüllte Verbindlichkeit wäre, welche in diesen Fällen in Betracht käme, so würde der Unterlassende nur mit der Contractsklage belangt, nicht aber für eines Verbrechens schuldig angesehen werden können.

Daraus folgt aber, daß bei Vertragsverhältnissen die nicht erfüllte Verbindlichkeit in keinem Falle der Grund eines Unterlassungsverbrechens sein, und daß der Rechtsgrund für die Strafbarkeit der Unterlassung nicht in dem Vertrage liegen kann. Dieser Rechtsgrund liegt vielmehr nur in der Richtung auf ein anderes Verbrechen, die in der Nichterfüllung enthalten sein kann, und der Vertrag hat dabei bloß in sofern Bedeutung, als ohne ihn diese Richtung in einer bloßen Unterlassung nicht liegen kann. Er erscheint daher nur als die factische Voraussetzung für die Begehung eines Verbrechens durch Unterlassung, keines Weges aber, wofür er von Feuerbach und von Spangenberg ausgegeben wird, als der Rechtsgrund, ohne welchen die Unterlassung nicht strafbar gewesen wäre. Hat aber der Vertrag keine andere Bedeutung, als die angegebene, so muß auch ohne ihn durch Unterlassungen ein Verbrechen begangen werden können, so oft nur in anderen factischen Umständen dieselbe Voraussetzung liegt, daß nämlich die Unterlassung in der That in verbrecherischer Richtung geschehen war.

Auf keinen Fall hätte von Feuerbach und von Spangenberg dem Vertrage gleiche Wirkung zugeschrieben werden sollen, als dem Gesetze, daß nämlich in beiden in gleicher Weise der Rechtsgrund liege für die Strafbarkeit einer Unterlassung. Denn die Strafbarkeit einer Unterlassung als solcher, so daß ein Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, oder ein Gesetzesverbrechen entstände, kann durch bloßen Vertrag begreiflicher Weise gar nicht

Digitized by Google

begründet werden. Würde man doch außerdem den Contrahenten die Befugniß zusprechen, Strafgesetze zu erlassen, und durch ihre Uebereinkunft zu bestimmen, ob gewisse Handlungen oder Unterlassungen mit Strafe belegt werden sollen, oder nicht. In der That findet in den Fällen, von welchen Spangenberg behauptet [1]), daß der Rechtsgrund zur Begehung einer Handlung und die Strafbarkeit der Unterlassung dieser Handlung aus einem vertragsmäßigen Verhältnisse entspringe, entweder gar kein Vertrag, oder gar kein Verbrechen Statt. Vorzugsweise, behauptet er, gehöre unter diese Fälle der Dienstvertrag des Staatsdieners, und die zahlreiche Classe der Dienstpflichtverletzungen, welche gewöhnlich an und für sich zu besonderen Verbrechen erhoben seien. Es ist aber schon oben bemerkt worden, daß die Dienstpflichten des Staatsdieners nicht auf einem Vertrage, sondern auf dem Gesetze beruhen, so daß durch den pflichtwidrigen Staatsdiener nicht der Dienstvertrag, sondern das Dienstgesetz verletzt wird [2]). Dasselbe gilt von den Dienstverträgen, welche zu Leistung besonderer, das öffentliche Wohl angehender Handlungen von einzelnen Corporationen mit einzelnen Personen abgeschlossen sind [3]). Meistes Theiles sind, wie auch Spangenberg bemerkt, die Unterlassungen dieser Dienstpflichten für

---

1) a. a. O. S. 543.

2) S. oben S. 183. In meinen Abhandlungen Band I. S. 468 sind übrigens die strafbaren Unterlassungen in den Dienstverhältnissen der Beamten auch noch unrichtig als Vertragsverletzungen aufgefaßt worden.

3) Z. B. die Dienstverträge der Feldhüter, Nachtwächter, Polizeidiener, Geschworenen, Hebammen, Aerzte, Krankenwärter u. s. w.

Digitized by Google

selbstständige Verbrechen erklärt, was nur durch ein Gesetz geschehen sein kann. Ohne eine solche Erklärung würde die Unterlassung nicht mit öffentlicher Strafe belegt werden können, sondern es würden dem Berechtigten nur privatrechtliche Ansprüche zustehen. Wie aber in diesen Fällen gar keine Vertragsverletzung enthalten ist, ebenso wenig als der Rechtsgrund für die Strafbarkeit der Unterlassung in dem Vertrage beruhet, so ist es auf der anderen Seite gar kein Verbrechen, wenn sich Jemand durch Vertrag dem Anderen verbindlich gemacht hat, ihm eine besondere Vertheidigung angedeihen zu lassen, und dieser Verbindlichkeit nachzukommen unterlässet. Nur unter der Voraussetzung, daß die Vertragsverletzung in rechtsverletzender Richtung geschehen wäre, würde hier von einer strafbaren Handlung die Rede sein können, und alsdann würde in dieser Richtung und nicht in dem Vertrage der Grund des Verbrechens liegen, sowie es auch nur von dem Rechte, auf dessen Verletzung die Richtung ging, abhängen würde, welches Verbrechen begangen wäre [1]. Außerdem würde es der besonderen Erklärung in einem Strafgesetze bedürfen, damit die Nichterfüllung des Vertrages für ein Verbrechen gelten könnte, und alsdann würde wiederum nur in dem

1) Ein Beispiel liegt in dem schon erwähnten Falle des corruptus comes, der dem Knaben zur Aufsicht und zum Schutze mitgegeben wird. Je nachdem der Begleiter seine Pflicht nicht erfüllt, entweder damit Unzucht mit dem Knaben getrieben, oder derselbe verstümmelt, oder bestohlen und betrogen werde, wird er sich durch die Unterlassung verschiedener Verbrechen schuldig machen. Gar nicht strafbar würde die Unterlassung sein, wenn sie unter Umständen geschehen wäre, unter welchen keine Gefahr zu befürchten stand, oder der Begleiter keinen rechtswidrigen Zweck durch dieselbe verfolgt hätte.

Digitized by Google

Gesetze und nicht in dem Vertrage der Grund des Verbrechens liegen [1]).

Dagegen haben Feuerbach und Spangenberg allerdings Recht, wenn sie behaupten, daß durch Unterlassung ein Verbrechen begangen werde, wenn das positive Handeln durch ein Gesetz zur Pflicht gemacht sei. Es ist aber schon bemerkt worden, daß dieses Gesetz ein Strafgesetz sein müsse, wenn die Unterlassung als solche Verbrechen sein und ein Unterlassungsverbrechen im eigentlichen

1) Spangenberg beruft sich auf l. 9. §. 1. D. quod metus causa, 4. 2. welche Stelle auch von Martin, §. 69. Note 5. citirt wird, um ein Beispiel anzugeben, in welchem die Unterlassung einer vertragsmäßig übernommenen Vertheidigung strafbar sei. Allein in dieser Stelle ist davon gar keine Rede. Die Worte sind: „Sed licet vim factam a quocunque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere; ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor." Der Sinn ist kein anderer, als daß derjenige, der einem Anderen etwas gegeben, damit er ihn beschütze oder befreie, es nicht mit der actio quod metus causa zurückfordern könne, weil der Andere für seine Dienstleistung damit bezahlt werde. Nur wenn dieser selbst in dem Gebenden die Furcht hervorgerufen, oder ihn in fremde Gewalt gebracht, solle das Gegentheil Statt finden. — Bei dem Lehnsvertrage, welchen Spangenberg mit vielen Anderen als Beispiel anführt, ist der Vasall allerdings verbunden, den Lehnsherrn zu vertheidigen und so viel wie möglich vor Gefahren zu bewahren. Wenn er es aber unterläßt, so unterliegt er keiner öffentlichen Strafe, sondern verliert nur sein Lehngut, welches ihm auch nur unter dieser Bedingung gegeben war. II. Feud. 24. §. 2 und 3.

Digitized by Google

Sinne bilden solle. Bei diesen Verbrechen, welche Gesetzesverbrechen sind, ist vorausgesetzt, daß sie nicht auf die Begehung eines anderen Verbrechens gerichtet seien, indem in diesem Falle die Unterlassung nicht mehr als solche in Betracht kommen könnte. Es entstehet daher die Frage, in welchen Unterlassungen die Richtung auf die Begehung eines anderen Verbrechens nicht enthalten sein könne. Da eine Handlung, und die Unterlassung ist ebenfalls Handlung, im Strafrechte nur in sofern in Betracht kommt, als sie zu einer verbrecherischen Erscheinung geführt hatte, so kann die angegebene Richtung nur alsdann in einer Unterlassung liegen, wenn durch sie selbst, und nicht aus einer anderen Ursache die Erscheinung hervorgegangen ist, aus welcher die angegebene Richtung erkannt werden kann. Umgekehrt kann dagegen in einer Unterlassung die erwähnte Richtung nicht liegen, wenn die Erscheinung, aus welcher sich dieselbe ergiebt, nicht aus der Unterlassung hervorgegangen war und auch ohne dieselbe hervorgebracht worden sein würde. Aus diesem Grunde kann die unterlassene Anzeige von Verbrechen, welche ein Dritter begehen will, entweder bei der Obrigkeit oder bei dem Bedroheten, nicht für eine solche Unterlassung angesehen werden, welche auf jenes Verbrechen selbst gerichtet gewesen wäre und für Theilnahme an demselben gelten könnte. Denn wenn in diesen Fällen der Dritte das Verbrechen wirklich begehet, so ist die verbrecherische Erscheinung ohne alles Zuthun des Nichtanzeigenden hervorgebracht worden; es läßt sich nicht ein Mal behaupten, daß er durch die Nichtanzeige das Verbrechen nicht verhindert habe, da wohl niemals mit juristischer Gewißheit ermittelt werden kann, daß es durch die Anzeige verhindert worden sein würde. Es mag in einzelnen Fällen sein, daß der Nichtanzeigende

Digitized by Google

in seinem Inneren das Verbrechen genehmigt und etwa Nutzen davon zu ziehen hofft; aber diese Genehmigung ist alsdann ein bloßer Gedanke, der noch keine rechtlichen Folgen nach sich ziehen kann. Die unterlassene Anzeige kann daher nicht als Handlung strafbar sein, welche mit dem Verbrechen des Dritten in Verbindung stände, sondern nur als selbstständiges Verbrechen, welches, da Niemand durch dasselbe in seinen Rechten verletzt wird, nur Gesetzesverbrechen sein und seinen Grund nur darin haben kann, daß die bei Strafe gebotene Pflicht zur Anzeige nicht erfüllt wurde [1]). Ebenso kann es im Allgemeinen keine auf ein anderes Verbrechen gerichtete Unterlassung sein, nicht hindernd entgegen zu treten, wenn Andere ein Verbrechen begehen wollen. Hierher gehört der Fall, da man unterläßt, einen Anderen gegen Angriffe zu vertheidigen, die wider ihn unternommen wurden. Nach römischem Rechte waren die Sclaven strafbar, welche ihren Herrn nicht vertheidigten, weil, wie Ulpian als ratio legis angiebt, kein Haus sicher sein könnte, wenn nicht die Sclaven bei Gefahr ihres Kopfes ihren Herrn zu bewachen hätten [2]). Aber gerade daraus ergiebt sich, daß unterlassene Vertheidigung nicht als Theilnahme an dem Angriffe angesehen wurde. Wäre dieses der Fall, so würde es weder der besonderen Vorschrift des S. C. Silanianum bedurft haben, noch würde dieselbe auf Sclaven haben beschränkt werden können, da

1) Ueber die Pflicht zur Anzeige fremder Verbrechen vergl. meine Abhandlungen Band I, S. 471.

2) L. 1. pro D. 29. 4. Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis, tam a domesticis quam ab extraneis, praestare servi cogantur, ideo Senatusconsulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda.

Digitized by Google

auch ein Freier nicht ungestraft an dem Verbrechen eines Anderen Theil nehmen kann. In der That liegt auch die Ursache des Verbrechens nicht in der unterlassenen Vertheidigung, sondern in dem Angriffe, der schon Statt gefunden haben mußte, ehe nur überhaupt der Sclav in den Fall kommen konnte, die Vertheidigung zu leisten. Die unterlassene Vertheidigung kann daher nur als selbstständiges Verbrechen strafbar sein, was ein besonderes Strafgesetz voraussetzt. In derselben Weise, wie die Sclaven, waren nach römischem Rechte die Soldaten verpflichtet, ihren Vorgesetzten Beistand zu leisten [1]). Allein auch hier folgt gerade aus der für die Soldaten gegebenen besonderen Vorschrift, daß es nicht für Theilnahme an dem Verbrechen des Anderen gehalten wurde, wenn man unterließ, den Angegriffenen zu vertheidigen.

Wenn es daher nur Gesetzesverbrechen sein kann, Andere nicht zu vertheidigen, so können auch nur die Gesetze darüber entscheiden, wie weit der Umfang dieser Vertheidigungspflicht sich erstrecke. Deßwegen kann Spangenberg nicht Recht gegeben werden, wenn er unter gewissen Verhältnissen auch bei mangelnden Pönalsanctionen aus der unterlassenen Vertheidigung ein Verbrechen machen will. Namentlich seien sich Ehegatten, Ascendenten und Descendenten einander gegenseitig, der Vormund dem Unmündigen, der Unterthan dem Landesherrn, ungeachtet es in kei-

1) L. 3. §. 22. D. 49. 16. Qui praepositum suum protegere noluerunt vel deseruerunt, occiso eo capite puniuntur. L. 6. §. 8. 9. eod. Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est. Si resistere non potuit, parcendum ei. Sed et in eos, qui praefectum centuriae latronibus circumventum deseruerunt, animadverti placuit.

Digitized by Google

nem Strafgesetze ausgesprochen sei, zum Schutze und zur Vertheidigung in der Weise rechtlich verpflichtet, daß die Unterlassung ein Verbrechen bilde. Welches Verbrechens soll sich aber z. B. der Hausvater schuldig machen, der bei einem Einbruche, der in sein Haus geschiehet, schleunig die Flucht ergreift, und Frau und Kinder ihrem Schicksal überlässet? Etwa einer Theilnahme an demjenigen Verbrechen, welches in seiner Abwesenheit verübt wurde? Alsdann würde er erst bei seiner Rückkehr erfahren können, welches Verbrechen eigentlich von ihm begangen worden wäre. Damit aber die Flucht als solche strafbar erscheine, bedarf es unbedingt einer gesetzlichen Bestimmung, welche in solchen Fällen Vertheidigung bei Strafe zur Pflicht macht. Unser gemeines Recht scheint hier von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß es überflüssig sei, dergleichen Pflichten durch Strafandrohung mehr einzuschärfen, und in der That würde wohl auch in vorkommenden Fällen das Gebot des äußeren Gesetzes ohne Wirksamkeit bleiben, wo bereits andere Stimmen, welche dieses Gebot eingeben, kein Gehör gefunden hätten.

Noch weniger, als unterlassene physische Vertheidigung, kann es aber im Allgemeinen für eine Unterlassung, welche auf ein Verbrechen gerichtet wäre, angesehen werden, wenn man einen Anderen nicht durch moralische Einwirkung, etwa durch Abrathen oder Befehl, abzuhalten sucht, ein Verbrechen zu begehen. Nur wenn nachgewiesen werden könnte, daß das Verbrechen, welches der Andere begehet, aus dieser Unterlassung hervorgegangen sei, würde dieselbe in Betracht kommen können, aber nicht als solche oder als Gesetzesverbrechen, sondern als eine Handlung, welche auf jenes Verbrechen gerichtet gewesen wäre. Außerdem würde, wenn die Unterlassung als solche strafbar sein sollte, es

Digitized by Google

eines besonderen Strafgesetzes bedürfen, durch welches eine solche Einwirkung zur Pflicht gemacht würde.

Wann läßt sich aber überhaupt sagen, daß Jemand unterlassen habe, einen Anderen von Verbrechen abzuhalten? Daß dazu vor Allem erforderlich sei, daß er Kenntniß gehabt habe von dem verbrecherischen Plane desselben, verstehet sich von selbst. Denn eine Unterlassung ist nur möglich und erkennbar in Beziehung auf eine bestimmte positive Leistung, zu welcher überhaupt Veranlassung vorhanden sein konnte. Deßwegen ist ferner dazu erforderlich, daß diese Kenntniß eine zuverlässige war, und daß die fragliche moralische Einwirkung unter den vorliegenden Umständen ausgeübt werden konnte. Daher scheint von einer Unterlassung derselben nur alsdann die Rede sein zu können, wenn der Eine dem Anderen selbst Mittheilung macht von seinem verbrecherischen Plane und dieser unterläßt, Widerspruch dagegen zu erheben. Wenn man auf anderem Wege Nachricht erhält von verbrecherischen Entwürfen, kann zwar, wie in dem Früheren bemerkt worden ist, durch eigene Strafgesetze die Pflicht auferlegt sein, dem Bedroheten oder der Obrigkeit Anzeige davon zu machen; allein zu einem unmittelbaren Widerspruche gegen den, der den verbrecherischen Entwurf gefaßt haben soll, kann man nicht berechtigt und veranlaßt sein, da die auf anderem Wege, als durch seine eigene Mittheilung erhaltene Kenntniß nie eine unbedingt zuverlässige sein würde und der Widerspruch selbst eine Beleidigung enthalten könnte.

Ist aber im Falle eigener Mittheilung von Seiten des zum Verbrechen Entschlossenen die Verpflichtung zum Widerspruche ohne besonderes Strafgesetz begründet? Sie würde es nur sein, wenn die Unterlassung des Widerspruches in der That eine Richtung auf das Verbrechen,

Digitized by Google

welches der Andere begehen wollte, enthalten könnte. Diese Richtung liegt nun, wie sogleich gezeigt werden soll, allerdings vor, wenn man dem verbrecherischen Plane des Anderen nicht allein nicht widerspricht, sondern auch denselben genehmigt; allein in dem einfachen Nichtwidersprechen, ohne hinzukommende Genehmigung, kann dieselbe nicht liegen, da das Verbrechen, welches der Andere begehet, nicht aus dem unterlassenen Widerspruche, sondern nur aus seinem eigenen verbrecherischen Plane hervorgegangen sein kann. Daß das Verbrechen bei erhobenem Widerspruche ungeschehen geblieben sein würde, ist zwar möglich, aber bis zur juristischen Gewißheit nicht zu ermitteln. Es mag daher durch das Sittengesetz vorgeschrieben sein, daß man den verbrecherischen Planen Anderer widerspreche und dieselben so viel wie möglich davon zurückbringe; es mag sich vielleicht auch legislativ rechtfertigen lassen, diese Sittenpflicht in einzelnen Fällen durch Strafgesetze zur Zwangspflicht zu machen: im Allgemeinen wird die Nichterfüllung derselben in Beziehung auf das Verbrechen des Anderen nicht als eine Handlung, welche mit demselben in Zusammenhange stände, angesehen werden können. Die Unterlassung des Widerspruches würde daher im Allgemeinen nur als solche, oder als Gesetzesverbrechen in Betracht kommen können. Das gemeine Recht hat aber keine Gesetze, in welchen dieses geschehen wäre, so daß nach demselben durch eine solche Unterlassung ebenso wenig ein Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, als nach der Natur der Sache ein anderes Verbrechen begangen werden kann. Nur wenn das Verhältniß der beiden Personen, des zum Verbrechen Entschlossenen und dessen, dem der verbrecherische Plan mitgetheilt worden, von der Art war, daß diesem ein rechtlich anerkannter Einfluß auf jenen zu-

Digitized by Google

stand, kann es in Beziehung auf das Verbrechen des Anderen als eine Handlung angesehen werden, wenn man unterläßt, von diesem Einflusse Gebrauch zu machen, um ihn von seinem verbrecherischen Vorhaben zurück zu bringen. In der That ist das, wie nun gezeigt werden soll, die Ansicht unseres gemeinen Rechtes.

Aus dem Bisherigen gehet nämlich hervor, daß zu dem Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne zwei Erfordernisse gehören, eines Theiles nämlich, daß ein Strafgesetz vorhanden sei, welches die Unterlassung verbietet oder die derselben gegenüber stehende positive Handlung gebietet, und anderes Theils, daß die Unterlassung nicht in Beziehung auf ein anderes Verbrechen als Handlung angesehen werden könne, welche auf Hervorbringung desselben gerichtet gewesen wäre. Denn, wie schon bemerkt worden ist, könnte in diesem Falle die Unterlassung nicht mehr als solche in Betracht kommen, indem sich vielmehr alsdann das Urtheil über dieselbe nach dem Verbrechen, welches durch sie hervorgebracht worden, würde bestimmen müssen. Eines besonderen Gesetzes aber, welches die Begehung zur Pflicht machte, würde es in diesem Falle nicht bedürfen, um durch Unterlassung ein Verbrecher zu werden. Denn das Verbrechen soll schlechterdings nicht hervorgebracht werden, und jedes Benehmen des Menschen, durch welches dasselbe hervorgebracht wird, mag es positiv oder negativ gewesen sein, ist eben deßwegen Handlung, auf welche sich das Strafgesetz, welches von diesem Verbrechen handelt, in gleicher Weise erstrecket. Der Grund, aus welchem die Handlung nicht begangen oder nicht unterlassen werden durfte, liegt alsdann lediglich darin, daß durch die Begehung oder Unterlassung das Verbrechen hervorgebracht wurde. Wenn nun, wie es in der That der

Digitized by Google

Fall ist, Verbrechen hervorgebracht werden können auch durch bloße Unterlassungen, so haben Feuerbach und Spangenberg nicht Recht, wenn sie so allgemein, wie sie es thun, behaupten, daß die Verbindlichkeit zur Begehung der Handlung durch ein Gesetz auferlegt sein müsse. Für die Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne ist ihre Behauptung zu unbestimmt; denn es hätte hervorgehoben werden müssen, daß das Gesetz ein Strafgesetz sein müsse. Für die Begehung der Verbrechen durch Unterlassungen ist aber dieselbe gänzlich ungegründet; denn Theils werden Verbrechen durch Unterlassungen begangen, wo gar kein besonderes Gesetz die Begehung zur Pflicht machte, Theils ist wenigstens, wo diese Pflicht durch ein Gesetz auferlegt war, nicht die Verletzung von dieser der Grund, aus welchem durch die Unterlassung ein Verbrechen begangen wird.

Daß eine Unterlassung, durch welche eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung verletzt werde, nicht als solche in Betracht komme, und daß der Vertrag dabei nur in so weit Bedeutung habe, als er factische Voraussetzung oder Bedingung ist für die Möglichkeit des in dieser Weise zu begehenden Verbrechens, ist schon in dem Früheren bemerkt worden [1]). Eine andere Bedeutung kann es aber auch nicht haben, wenn durch ein anderes Gesetz, als durch ein Strafgesetz, die Verbindlichkeit zu gewissen positiven Leistungen auferlegt wird. Denn nur durch Strafgesetze kann die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen begründet werden, so daß durch eine Unterlassung, wenn sie nicht als solche unter ein besonderes Strafgesetz fällt, nur aus dem Grunde ein Verbrechen wird begangen werden können,

1) S. oben S. 232.

Digitized by Google

weil dieselbe unter ein anderes, allgemeineres Strafgesetz subsumirt werden kann. Es ist schon angegeben worden, daß sich des Verbrechens der Tödtung schuldig machen könne, wer gesetzlich zur Alimentation verpflichtet sei und die erforderlichen Nahrungsmittel darzureichen unterlasse [1]). Die Alimentationsverbindlichkeit kommt aber dabei in Betracht nicht in sofern sie in einem Gesetze auferlegt war, sondern in sofern die Nichterfüllung derselben auf die Tödtung eines Anderen gerichtet war. Daher beruhet der Grund, aus welchem man im Strafrechte verpflichtet ist, einem Anderen Nahrungsmittel zu reichen, nur darin, daß in dem Nichtdarreichen die Richtung auf Tödtung enthalten sein würde. Daraus folgt aber, daß Jeder diese Verbindlichkeit hat, sowie unter den vorliegenden Umständen die Richtung auf Tödtung würde darin erkannt werden müssen, daß er die Nahrungsmittel nicht gereicht hätte. In der Regel freilich wird diese Richtung nur vorliegen, wo an und für sich schon eine Verbindlichkeit zur Alimentation bestand, so oft nämlich von den übrigen Menschen, welche möglicher Weise hätten Hülfe bringen können, Keinem vorzugsweise nachgewiesen werden kann, daß gerade aus seiner Unterlassung die Tödtung hätte hervorgehen müssen. Daß aber in keinen anderen, als in den Fällen gesetzlicher Alimentationspflicht durch Nichtdarreichen von Nahrungsmitteln das Verbrechen der Tödtung begangen werden könne, läßt sich nach dem Bisherigen ebenso wenig behaupten, als daß dasselbe immer begangen werde, so oft Jemand der gesetzlichen Alimentationspflicht nicht nachkomme. Es kommt eben immer nur darauf an, ob unter den vorliegenden Umständen die Unterlassung von der

1) S. oben S. 225.

Art war, daß sie zur Tödtung hätte führen müssen, und nur aus diesem Grunde, weil man nämlich überhaupt nicht eine Handlungsweise beobachten darf, durch welche die Tödtung eines Anderen herbeigeführt werden kann oder muß, kann man strafrechtlich verpflichtet sein, die der Unterlassung gegenüber stehende positive Handlung zu begehen [1]). Auch wo Jemandem gesetzlich die Pflicht zur Alimentation gewisser Personen obliegt, ist es kein Strafgesetz, durch welches ihm diese Verbindlichkeit auferlegt wird. Dessenungeachtet läßt sich dabei nicht mit Spangenberg [2]) behaupten, daß wegen der besonderen rechtlichen Verhältnisse, in welchen z. B. Ascendenten und Descendenten und Ehegatten untereinander stehen, „selbst bei mangelnden Pönalsanctionen" eine Unterlassung strafbar sein könne. Denn die Unterlassung, welche auf die Tödtung gerichtet ist, fällt

---

1) Z. B. wenn man durch Vertrag die Verbindlichkeit zur Alimentation übernommen hatte, wobei die Vertragsverletzung durch Nichterfüllung nicht als solche, sondern als eine auf Tödtung gerichtete Handlung in Betracht kommen kann. Deßwegen scheint auch in Fällen, da weder durch besonderes Gesetz, noch durch Vertrag die Alimentationspflicht begründet war, dieselbe doch als begründet angenommen werden zu müssen, bloß durch den Umstand, daß durch die Unterlassung der Alimentation nach menschlicher Berechnung der Tod hätte herbeigeführt werden müssen. Auch leuchtet es dem gesunden Rechtssinne von selbst ein, daß z. B. der Reisende, der seinem verschmachtenden Gefährten in keiner Weise zu Hülfe kommt, während er es doch im Stande war, indem er ihm etwa Nichts giebt von den Nahrungsmitteln, welche er bei sich hat, oder ihn verläßt, ohne andere Menschen herbei zu rufen, nicht bloß unsittlich handelt, sondern sich auch strafbar macht, und unter Umständen als wirklicher Mörder angesehen werden kann.

2) a. a. O. S. 532.

Digitized by Google

wie jede andere Handlung, welche die gleiche Richtung hat, unter das Strafgesetz, welches von der Tödtung handelt, und braucht ebenso wenig besonders hervorgehoben zu werden, als es einer besonderen Erwähnung bedarf, daß man nicht nach einem Anderen stechen oder schießen, oder eine Handlung ähnlicher Art gegen ihn begehen dürfe.

Ein anderes Beispiel, in welchem nicht die Unterlassung als solche in Betracht kommt, sondern die Richtung auf die Rechtsverletzung, welche in ihr liegt, bietet der Richter, der seiner Amtspflicht zuwider handelt. Wenn sich derselbe durch Geld bestimmen läßt, eine Amtsverrichtung entweder zu thun oder zu unterlassen, so unterliegt er der Strafe der lex Julia repetundarum [1]); unterläßt er dagegen die Amtsverrichtung zu dem Zwecke, daß ein Unschuldiger zum Tode verurtheilt werde, so soll er mit der Strafe der Tödtung belegt werden [2]). Ein Anderer, als ein Richter, kann freilich auf diese Weise keine Tödtung begehen; aber seine Richterpflicht und die Verletzung derselben ist bloß die factische Voraussetzung, ohne welche das Verbrechen in solcher Weise gar nicht begangen werden konnte.

1) L. 3. l. 4. D. 48. 11. Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret.

2) L. 1. pr. D. 48. 8. Lege Corn. de sic. tenetur, qui cum magistratus esset, publicove judicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur; §. 1. eod. quive magistratus judexve quaestionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret; l. 4. eod. qui cum in magistratu esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non esset.

Digitized by Google

Sowie also durch Unterlassung ein Verbrechen begangen werden kann, auch wenn ein anderes Gesetz als ein Strafgesetz eine positive Handlung zur Pflicht machte, so ist das auch möglich, wenn gar keine besondere Verbindlichkeit dazu vorhanden war. Nach Analogie unserer Gesetze kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Jeder, der Anlagen macht, oder Handlungen vornimmt, die zwar an und für sich erlaubt sind, aber für andere Menschen, wenn sie nicht gewarnt und davon in Kenntniß gesetzt sind, Gefahr bringen, die Verbindlichkeit habe, zwar nicht jene Handlungen zu unterlassen, wohl aber, andere Menschen davon in Kenntniß zu setzen, so daß er in Beziehung auf den Erfolg, der aus der unterlassenen Warnung hervorgegangen ist, als Urheber angesehen wird. Paulus sagt in l. 7. D. 48. 8. In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore cum ramum dejiceret, non proclamaverit et praetereuntem occiderit, ad hujus legis coercitionem non pertinet [1]).

Spangenberg hat zwar in Beziehung auf diese Stelle in soweit Recht, als er behauptet, daß wegen culpa lata mit außerordentlicher Strafe belegt werden müsse, wer unterlassen, durch Zurufen die Vorübergehenden zu warnen. Allein ein besonderes Strafgesetz, nach welchem Jeder, bevor er einen Zweig herabwirft, „Vorgesehen" rufen müsse, ist nicht, wie er behauptet, in dieser Stelle enthalten. Wenn der Baumschneider in diesem Falle gestraft werden muß, so geschiehet es nach dem allgemeinen

1) Vergl. auch l. 31. D. 9. 2.

Digitized by Google

Gesetze über das Verbrechen der Tödtung, unter welches jedes Benehmen des Menschen fällt, welches auf die Tödtung eines Anderen gerichtet war. In diesem Falle wird das Verbrechen durch die unterlassene Warnung begangen; allein eine Unterlassung, welche zu einer verbrecherischen Erscheinung führt, ist in sofern Handlung, und es ist Nicht als eine Anerkennung dieser Wahrheit, keines Weges aber eine besondere Pönalvorschrift, nach welcher jeder Baumschneider „Vorgesehen" rufen müsse, was in der angeführten Stelle enthalten ist. Auch wenn dieselbe zufällig nicht in die Pandecten gekommen wäre, würde der Baumschneider nach den allgemeinen Grundsätzen über culpose Tödtungen der Strafe unterliegen müssen.

Eine ähnliche Entscheidung giebt Paulus in l. 28. D. 9. 2. Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt, eoque aliquid decidit, factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt; at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. Haec tamen actio ex causa danda est, i. e. si neque denuntiatum est, neque scierit aut providere potuerit.

Der Schaden wird in dem Falle dieser Stelle hervorgebracht durch die unterlassene Warnung, und eben deßwegen wird die Unterlassung als Handlung und der Unterlassende als Urheber des Schadens angesehen, der für denselben verantwortlich gemacht wird [1]). Es würde in diesem Falle weder eines Vertrages, noch eines besonderen Gesetzes bedürfen, um die Warnung zur Pflicht zu machen.

1) Es ist zwar in dieser Stelle nur von privatrechtlicher Entschädigung die Rede; allein auch zu dieser könnte der Unterlassende nicht verpflichtet sein, wenn er den Schaden nicht durch seine Unterlassung hervorgebracht hätte.

Digitized by Google

Daß Jeder als handelnd und als Urheber angesehen werden müsse, der einen Erfolg nicht verhindert, der von ihm hätte verhindert werden können, würde in vollkommener Allgemeinheit in den Worten des Paulus:

„Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere non potest“

ausgesprochen sein, wenn die Worte des Textes außer allem Zweifel gestellt wären [1]). Denn man würde alsdann

---

1) L. 109. D. 50. 17. In der Florentinischen Handschrift fehlt non vor potest, wonach allerdings gerade der umgekehrte Sinn herauskommen würde. Da das aber mit anderen Stellen in directem Widerspruche stehen würde, so haben schon die Glossatoren vor potest das Wort non eingeschaltet, was nachher auch in viele Ausgaben übergegangen ist. Die Einschaltung scheint auch in der That viel für sich zu haben, da sie zu einem vernünftigen Sinne führt, der auch in anderen gleich zu erwähnenden Stellen enthalten ist. *Leyser*, in seinen meditat. ad Pandect. spec. 521. med. 4., findet dieselbe thöricht, weil in der Stelle alsdann eine zu platte Wahrheit ausgesprochen sein würde. Allein auch abgesehen davon, daß in vielen anderen Stellen der Pandecten, namentlich im Titel de regulis juris, Wahrheiten ausgesprochen sind, die sich in derselben Weise von selbst verstehen, ist doch in der ebenfalls von Paulus herrührenden l. 50. D. eod. dieselbe Regel enthalten. *Leyser*, l. c. findet dagegen die Emendation von *Jauch*, Medit. criticae de negationibus Pandectis Florentinis recte vel male adjectis vel adjiciendis, der für nullum crimen lesen will nonnullum crimen, vortrefflich, weil der nicht Verhindernde zwar ein Verbrechen begehe, aber kein so schweres, als der eigentliche Thäter. Aber Paulus würde sich ziemlich unbeholfen ausgedrückt haben, wenn er das wirklich hätte sagen wollen. Ueberdieß konnte das seine Meinung nicht wohl sein, da in anderen Stellen ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der nicht Verhindernde ebenso hart bestraft werden soll, als der eigentliche Thäter; z. B. in l. 9. §. 1. D. 48. 10.

Digitized by Google

durch argumentum a contrario zu dem Resultate kommen, daß, wer im Stande gewesen, ein Verbrechen zu verhindern, allerdings die Strafe erleide. Allein wenn auch aus dem angegebenen Grunde auf diese Worte kein Gewicht gelegt werden mag, so sagt doch Paulus an einer anderen Stelle ausdrücklich:

„Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest“ [1]), woraus ebenfalls hervorgehet, daß nicht von Schuld frei sei, wer zu verhindern im Stande gewesen wäre. Die culpa aber, deren er sich schuldig macht, kann nur Statt finden in Beziehung auf das Verbrechen, welches hätte verhindert werden können, so daß die unterlassene Verhinderung als Hervorbringung desselben angesehen wird. Es bestehet deßwegen zwar eine Zwangspflicht zur Verhinderung; allein dieselbe hat ihren Grund weder in einem Vertrage, noch in einem besonderen Gesetze, sondern nur darin, daß die Nichtverhinderung als die Ursache des Verbrechens erscheint, welches eben von Niemandem verursacht werden soll.

Wann läßt sich aber überhaupt sagen, daß Jemand etwas nicht verhindert, und deßwegen hervorgebracht habe? Daß es keine Nichtverhinderung sei, fremde Verbrechen nicht zur Anzeige zu bringen, oder Andere durch physische oder moralische Mittel nicht abzuhalten, Verbrechen zu begehen, ist schon nachgewiesen worden [2]). Denn die Ursache

---

1) L. 50. D. eod.

2) Uebrigens bestehet gemeinrechtlich die Pflicht zur Anzeige fremder Verbrechen bei der Obrigkeit keines Weges in der Ausdehnung, als gewöhnlich gelehrt wird. Namentlich läßt sich bei dem Hochverrathe nicht behaupten, daß das römische Recht Jeden, der ihm bekannte hochverrätherische Unternehmungen nicht zur

Digitized by Google

des Verbrechens liegt dabei allein in der Thätigkeit des Dritten, da sich mit juristischer Gewißheit nicht nachweisen läßt, daß das Verbrechen durch etwaige Einwirkung eines Anderen ungeschehen geblieben sein würde. Dagegen wird es immer für Nichtverhinderung gelten müssen, und also in Beziehung auf eine eingetretene Erscheinung als verursachende Handlung, wenn Jemand solche Handlungen, in Folge deren die Erscheinung nicht eingetreten sein würde, nicht vornahm und dennoch vorzunehmen im Stande war.

Anzeige bringe, mit der Strafe des Hochverrathes bedrohe. Die Worte, welche man allgemein in diesem Sinne auslegt, sind folgende: l. 5. §. 6, 7. C. 9. 8. „Id quod de praedictis eorumque filiis cavimus, etiam de satellitibus, consciis ac ministris filiisque eorum simili severitate censemus. Sane si quis ex his in exordio initae factionis studio verae laudis accensus initam prodiderit factionem et praemio et honore a nobis donabitur. Is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, incognita tamen adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolutione tantum ac venia dignus habebitur.“ Genau genommen liegt in diesen Worten nur, daß diejenigen belohnt werden sollen, welche eine Verschwörung zur Anzeige bringen, nicht aber, daß sie im Unterlassungsfalle bestraft werden sollen. Es ergiebt sich überdieß deutlich aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle, daß unter den conscii nur diejenigen verstanden sind, welche selbst Theilnehmer an der Verschwörung sind, und also eigentlich schon die Strafe verwirkt haben. Auf die Belohnung sollen sie nur Anspruch haben, wenn sie sogleich beim Anfange der Verschwörung Anzeige machen; wenn sie dagegen eine gewisse Zeit hindurch an derselben Theil genommen hatten, soll die Anzeige sie wenigstens von der Strafe befreien. — Eine bestimmte bei Strafe auferlegte Pflicht zur Anzeige bei der Obrigkeit schreibt unser gemeines Recht eigentlich nur bei der Münzfälschung vor, l. 1. C. 9. 24, und bei der Gotteslästerung, mit deren Strafe Jeder belegt werden soll, der sie gehört hat, ohne sie anzuzeigen. R. A. von 1548. Tit. 1. §. 4.

Digitized by Google

Wann dieses der Fall sei, ist keine Rechtsfrage, sondern quaestio facti, da zwischen Handlung und Unterlassung kein rechtlicher Unterschied Statt findet, und es bei jener sowohl als bei dieser nur darauf ankommt, ob in ihr die Ursache der Erscheinung gefunden werden könne.

Beispiele dafür bei einzelnen Verbrechen sind in dem Vorigen zur Genüge enthalten [1]). Auch leuchtet es dem schlichten Verstande von selbst ein, daß für den Urheber einer Erscheinung angesehen werden müsse, von dessen Benehmen es allein abhängig war, ob dieselbe eingetreten sein würde, oder nicht [2]). Als ein allgemeines Beispiel, wel-

---

1) Andere Beispiele in Art. 146. der P. G. O., wonach Jeder, der ein schädliches Thier hat, es von sich thun, und im Unterlassungsfalle nach Maßgabe der Beschädigung bestraft werden soll, die daraus entstanden; ferner in l. 9. §. 1. D. 48. 10., wonach den, der eine Münzfälschung verhindern konnte und nicht verhinderte, indem er sie etwa in seinem Hause geschehen ließ, l. 1. C. 9. 24., die Strafe derselben treffen soll; ebenso l. 9. §. 2. D. 48. 5. und P. G. O. Art. 122. und 123., wonach Jeder, der in seinem Hause Ehebruch oder andere Unzucht treiben läßt, verhältnißmäßig gestraft werden soll. Auch Brandstiftungen können leicht durch Unterlassungen begangen werden.

2) In der That lehrt auch Feuerbach, §. 54., daß durch eine gesetzwidrige Bestimmung des Willens zu einer Handlung oder Unterlassung, woraus nach den Gesetzen der Natur, ohne die Absicht der Person, die Rechtsverletzung entstehe, ein culposes Verbrechen begangen werde. Wenn er aber hier, wie es richtig ist, Handlung und Unterlassung auf ganz gleiche Linie stellt, so hätte er nicht §. 24. behaupten dürfen, daß man, um durch Unterlassung ein Verbrecher zu werden, aus einem besonderen Rechtsgrunde die Verbindlichkeit zur Begehung gehabt haben müsse. Und ohne Zweifel kann, wenn durch die Unterlassung, aus welcher ohne die Absicht der Person eine Rechtsverletzung entstehet, ein culposes Verbrechen begangen werden kann, durch dieselbe

Digitized by Google

ches sich auf alle Verbrechen beziehet, mag noch der Grundsatz des römischen Strafrechtes angeführt werden, daß bei Missethaten die Ratihabition dem Mandate gleich geachtet werden solle.

Wenn man nämlich dem römischen Strafrechte nicht einen Grundsatz zutrauen will, dessen Ungerechtigkeit und Unbrauchbarkeit dem gesunden Verstande von selbst einleuchtet, so können die Worte Ulpians[1])

„In maleficio ratihabitio mandato comparatur"

nicht von der Genehmigung eines bereits verübten Verbrechens verstanden werden, sondern nur von der Genehmigung des verbrecherischen Planes, den ein Anderer ent-

---

auch ein dolоses Verbrechen verübt werden, wenn die Rechtsverletzung mit der Absicht der Person entstand. Deßwegen sagt auch Martin §. 34. mit vollkommenem Rechte, es sei für die Zurechnung des dolus gleichgültig, ob der Thäter dem strafbaren Zwecke durch Unterlassen oder durch positive Thätigkeit nachgestrebt habe. Wenn aber dieses gleichgültig ist, so kann, damit durch Unterlassung ein Verbrechen begründet werde, nicht das Merkmal erforderlich sein, welches Martin §. 69. macht, daß nämlich durch die Unthätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletzt werde. Damit freilich der Sohn gestraft werden könne, der seinem Vater nicht den wider ihn angesponnenen mörderischen Plan anzeigt, bedarf es einer besonderen Pönalsanction, wie sie in l. 2. D. 48. 9. enthalten ist. Aber es läßt sich, wie gezeigt worden ist, von dem nicht anzeigenden Sohne gar nicht sagen, daß seine Unterlassung eine Theilnahme an dem Verbrechen des Anderen enthalte, und daß er dasselbe nicht verhindert habe. Deßwegen ist derjenige nicht strafbar, der einem Fremden von einem gegen ihn gefaßten Mordplane keine Anzeige macht, da es eben kein Strafgesetz giebt, in welchem dieses vorgeschrieben wäre. Hier liegt gerade die oben S. 219. angedeutete Verwechselung, welche zu den eben nachgewiesenen Inconsequenzen führen mußte.

1) L. 152. D. 50. 17. l. 1. §. 14. D. 43. 16.

Digitized by Google

worfen und mitgetheilt hatte. Die Glosse [1]), welcher die italiänischen Practiker [2]) unbedenklich beistimmen, beziehet zwar die angeführten Worte auf die Genehmigung eines bereits begangenen Verbrechens, so daß der Genehmigende mit derselben Strafe belegt werden müßte, als der Mandant und der eigentliche Thäter. Allein sie läßt diesen an und für sich widersinnigen Grundsatz nur unter solchen Einschränkungen gelten, welche wenigstens die Anwendung desselben im wirklichen Leben verhindern mußten. Sie macht nämlich zur Anwendung desselben zwei Erfordernisse: erstens, daß der eigentliche Thäter das Verbrechen im Namen des Genehmigenden verübt habe, und zweitens, daß der Genehmigende dasselbe als in seinem Namen geschehen genehmige. Eine einfache Genehmigung, indem man etwa über die Tödtung seines Feindes seinen Beifall und seine Freude zu erkennen gebe, genüge nicht zur Bestrafung, sondern die Genehmigung müsse darauf gehen, daß das Verbrechen in seinem Namen geschehen sei. Daß das vorkomme, ist aber nicht denkbar; für solche Verbrechen, die der Thäter bloß zu seiner eigenen Befriedigung begehet,

---

1) Glossa ad l. 1. §. 14. D. cit. „Duo videntur necessaria; primum quod meo nomine gestum sit; alias ratum habere non possum, et si habeam, non teneor; secundum quod habeam ratum tanquam nomine meo factum, alias secus, ut si audiens, nomine meo factum, dixi, doleo, quod nomine meo est factum, nec sic ratum habeo, sed alias bene gaudeo, hoc enim gaudium non comparatur mandato; multo minus ergo teneor, quum non meo nomine actum praedicto modo gaudeo.“

2) *Angelus*, de malef. Rubr. Et Sempronium, nr. 34, und *Augustinus*, ad h. l. *Julius Clarus*, Rec. sentent. lib. V, §. final. nr. 5.

Digitized by Google

wie Ehebruch und alle Fleischesverbrechen, erkennt schon die Glosse an, daß Genehmigung nicht möglich sei; allein dieselbe unter den angegebenen beiden Beschränkungen ist auch bei keinem anderen Verbrechen möglich, da Jemand gar nicht eingestehen kann, daß ein Anderer ein Verbrechen in seinem Namen verübt habe, wenn er nicht vorher über dieses Verbrechen mit ihm übereingekommen war [1]). Ein solches Geständniß würde einen Widerspruch in sich selbst enthalten und gar keine Berücksichtigung verdienen [2]).

Verstehet man dagegen die angeführten Worte von der Genehmigung eines verbrecherischen Planes, der von dem Anderen zur Genehmigung mitgetheilt wird, so kommt ein verständiger Sinn heraus, der mit anderen Vorschriften des römischen Strafrechtes in vollkommenem Einklange stehet. Denn der Genehmigende wird durch die Genehmigung zum wirklichen conscius und socius des eigentlichen Thäters, indem dieselbe Theils ein wirkliches Com-

---

1) Dagegen verstehet sich von selbst, daß man sich zu dem in der Vergangenheit liegenden Verbrechen eines Anderen in ein strafbares Verhältniß setzen kann, namentlich, indem man Theil nimmt an dem Vortheile, den der Verbrecher davon gezogen hat. Aber das ist ein für sich bestehendes Verbrechen.

2) Schon *Matthaeus*, de crim. Prolegom. cap. 1. nr. 14. erkennt an, daß gerechter Weise von einer Bestrafung dessen, der ein begangenes Verbrechen genehmigt, keine Rede sein könne. Er will deßwegen die l. 152. cit. auf Privatverbrechen beziehen, in dem Sinne, daß der Genehmigende nicht criminaliter, sondern nur pecuniarie belangt werden könne. Allein diese Beschränkung der Stelle auf Privatverbrechen wird durch die Worte nicht gerechtfertigt, und überdieß sprechen dieselben Gründe, welche die öffentliche Strafe als ungerecht erscheinen lassen, auch gegen die Privatstrafe.

Digitized by Google

plott zwischen beiden begründet, Theils aber auch als wirkliche Ursache des Verbrechens erscheint, zumal wenn der Andere die Ausführung seines Planes ausdrücklich von der Genehmigung abhängig gemacht haben sollte. [1]). Wenn daher Jeder, dem ein verbrecherischer Plan mitgetheilt wird, damit er ihn genehmige, die Pflicht hat, denselben nicht zu genehmigen, so ergiebt sich daraus von selbst, daß er in solchem Falle wenigstens so weit zu positiven Handlungen verpflichtet ist, als erforderlich sind, um seine Nichtgenehmigung zu erkennen zu geben [2]). Die Unterlassung solcher Handlungen wird daher allerdings ein Verbrechen begründen können, ohne daß die Verbindlichkeit zur Begehung derselben in einem anderen Rechtsgrunde beruhete, als in dem Strafgesetze, in welchem das genehmigte Verbrechen überhaupt für ein Verbrechen erklärt worden war. Eine Verbindlichkeit zu weiteren positiven Handlungen, um den Anderen von seinem verbrecherischen Vorhaben zurück

---

1) Vergl. meine Abhandlungen, Band I, S. 290 ff., wo sich indessen mit Beziehung auf l. 9. §. 1. D. 48. 10. und l. 50. l. 109. D. 50. 17. die unrichtige Ansicht findet, daß der in den verbrecherischen Plan Eingeweihete noch besondere Schritte thun müsse, die Ausführung zu verhindern. Daß sich aber von ihm, auch wenn er solche Schritte nicht thut, nicht sagen lasse, er habe das Verbrechen nicht verhindert, ist oben S. 233. gezeigt worden.

2) Denn die Ratihabition kann auch anders, als durch ausdrückliche Genehmigung gegeben werden. L. 5. D. 46. 8. Bloßes Stillschweigen wird zwar nicht immer für Genehmigung gehalten werden können, namentlich nicht, wenn die Mittheilung des Planes gar nicht in einer Weise geschehen war, daß eine bestimmte Erklärung über Billigung oder Nichtbilligung derselben erwartet werden konnte; allein wo eine solche Erklärung erwartet wurde und auch gegeben werden konnte, wird das Stillschweigen in der Regel als Genehmigung ausgelegt werden müssen.

Digitized by Google

zu bringen, kann aber aus diesem Strafgesetze nicht abgeleitet werden. Denn wenn der Andere das Verbrechen dennoch begeht, so thut er es lediglich in Folge seines eigenen Entschlusses, ohne daß in dem Benehmen des Nichtgenehmigenden irgend eine Ursache zur Entstehung des Verbrechens gefunden werden könnte. Nur in dem Falle scheint eine Ausnahme gemacht werden zu müssen, da zwischen beiden ein solches Abhängigkeitsverhältniß besteht, daß der Eine sowohl berechtigt, als verpflichtet ist, durch seinen Einfluß die Handlungsweise des Anderen zu bestimmen. Denn in sofern derjenige, dem der Andere untergeordnet ist, Gehorsam von demselben erwarten darf, kann es allerdings unter Umständen selbst als Genehmigung, oder wenigstens als eine Handlung erscheinen, welche mit der Begehung des Verbrechens nicht außer Zusammenhang ist, wenn er unterläßt, demselben die Ausführung des ihm mitgetheilten verbrecherischen Planes zu verbieten. Ob freilich der Andere diesem Verbote Folge leisten werde, oder nicht, steht nicht in seiner Hand, und deßwegen kann ihn keine Verantwortung treffen, wenn ungeachtet desselben das Verbrechen begangen wird; immer aber wird sich erst alsdann, wenn sein Verbot unbeachtet geblieben war, mit Bestimmtheit von ihm sagen lassen, daß er nicht im Stande gewesen sei, das Verbrechen zu verhindern. Indessen enthält unser gemeines Recht in dieser Beziehung wenig Bestimmungen, von welchen noch unmittelbar Gebrauch gemacht werden könnte [1]).

---

1) L. 44. §. 1. D. 9. 2. „Quoties sciente domino servus vulnerat, vel occidit, Aquilia dominum teneri, dubium non est. L. 45. pr. eod. Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit.“ L. 2—4.

Digitized by Google

Um das Resultat der bisherigen Entwickelung in zwei Worte zusammen zu fassen, so ist jedes Benehmen des

---

D. 9. 4. — Für das Verhältniß der patria potestas vergl. l. 11. §. 4., de his qui notantur infamia, 3. 2. „Excusatur, qui jussu ejus, in cujus potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur. Utrumque recte; nam et qui obtemperavit, venia dignus est; et qui passus est ducere, notari infamia. L. 11. C. 9. 15. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut quos ad vitae decora domestica laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis minorum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed jure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum, et privata animadversione compescat. Quodsi atrocitas facti jus domesticae emendationis excedat, placet enormis delicti reos dedi judicum notioni.“ Da indessen die heutige väterliche Gewalt doch auf keinen Fall so weit gehet, als die römische patria potestas, so scheint es um so mehr bedenklich, den Hausvater im Allgemeinen, wenn er kein Verbot erlassen hatte, für die Verbrechen der in seiner Gewalt befindlichen Kinder verantwortlich zu machen, als dieses nicht ein Mal im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Nur wenn das Nichtverbieten unter Umständen geschah, aus welchen auf eine wirkliche Genehmigung geschlossen werden kann, z. B. wenn der Vater Vortheil zieht aus dem Verbrechen des Kindes, und dieses dadurch zur Fortsetzung und Wiederholung des Verbrechens ermuntert, P. G. O. Art. 122., kann seine Verantwortlichkeit keinem Zweifel unterliegen. — Ob der Ehemann verbunden sei, die Verbrechen seiner Frau zu verhindern, nennt *Matthaeus*, de crim. Proleg. cap. I. nr. 16., eine quaestio digna ingenii cura, die von ihm verneint wird. In Beziehung auf den Ehebruch ist er nur strafbar, wenn er denselben ob quaestum, l. 29. §. 4. D. 48. 5., oder „um einicherlei Genieß willen“ Art. 122. treiben läßt. Eine singuläre Vorschrift ist in l. 4. §. 2. D. 1. 16., daß nämlich die Proconsuln haften sollen für die Verbrechen, welche ihre Frauen in der Provinz begehen.

Digitized by Google

Menschen, welches die verbrecherische Erscheinung hervorbrachte, mag es positiver Art gewesen sein, oder in einer Unterlassung bestanden haben, als Handlung zu betrachten. Wird durch die Unterlassung Nichts weiter, als ein Gebot verletzt, welches die positive Handlung bei Strafe zur Pflicht macht, so entstehet ein Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, welches in die Classe der Gesetzesverbrechen gehört und ein wirkliches Strafgesetz zu seiner nothwendigen Voraussetzung hat; wird dagegen durch eine Unterlassung kein selbstständiges Verbrechen begangen, sondern ein anderes Verbrechen, welches möglicher Weise auch durch eine positive Handlung verübt werden konnte, so liegt in dem Strafgesetze, welches überhaupt von diesem Verbrechen handelt, der alleinige Grund, aus welchem durch die Unterlassung das Verbrechen begangen wird, ohne daß etwas darauf ankäme, ob man noch aus einem besonderen Rechtsgrunde zu der entsprechenden positiven Handlung verpflichtet gewesen [1]).

Zum Beschlusse dieser Abtheilung ist nur noch nothwendig, über den anderen von den beiden Bestandtheilen, aus welchen jede Handlung bestehet, wenige Bemerkungen zu machen, über die außerhalb des handelnden Menschen liegenden Ursachen nämlich, welche in Folge seiner entweder positiven oder negativen Thätigkeit wirksam sind, um die verbrecherische Erscheinung hervorzubringen [2]).

---

1) Daß übrigens Spangenberg, a. a. O. S. 548, nicht Recht habe, wenn er zur Strafbarkeit der Unterlassung verlangt, daß ein Schaden aus derselben hervorgegangen sei, und daß vielmehr durch Unterlassungen auch ein strafbarer Versuch begangen werden könne, habe ich schon Band I, S. 469 ff. meiner Abhandlungen nachgewiesen.

2) S. oben S. 215 und 219.

Digitized by Google

Denn daß die außerhalb des handelnden Menschen liegende verbrecherische Erscheinung zur Entstehung komme, ist nicht anders möglich, als durch Vermittelung von Kräften oder Ursachen, welche ebenfalls nicht in dem handelnden Menschen liegen können. Und deßwegen muß, wie bereits bemerkt worden, die Wirksamkeit dieser Kräfte und Ursachen, in sofern sie durch menschliche Thätigkeit veranlaßt war, für einen Bestandtheil der menschlichen Handlung angesehen werden [1]).

Man kann aber in Ansehung der Ursachen und Kräfte, welche durch menschliche Thätigkeit in Wirksamkeit treten, eine Unterscheidung machen, aus welcher auch für die Handlungen selbst ein Unterschied hervorgehet. Entweder nämlich bestehen diese Ursachen in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen, so daß derjenige, der dieselbe veranlaßt, das Verbrechen nicht allein, sondern unter fremder Mitwirkung begehet, oder sie bestehen nicht in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen, so daß derjenige, der sie in Wirksamkeit treten läßt, als der alleinige Urheber der verbrecherischen Erscheinung angesehen werden muß. Im ersteren Falle haben zwar diejenigen, deren verbrecherische Handlungen durch einen Anderen veranlaßt waren, wenn nur anders ihre Handlungen wirklich verbrecherische sind, ebenfalls ein Verbrechen begangen; allein ihre Handlungen erscheinen zugleich als die Handlung dessen, der sie zu denselben veranlaßt hatte, da sie in der That die Ursache sind, welche durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt war, um das Verbrechen hervorzubringen. Das Verbrechen, welches sie begehen, ist zugleich das Verbrechen dessen, der die Veranlassung gab, daß das-

1) S. oben S. 216.

Digitized by Google

selbe von ihnen begangen wurde, so daß in Beziehung auf dieses Verbrechen zwischen ihm und ihnen das Verhältniß einer Theilnahme Statt findet. Im anderen Falle dagegen, wenn das Verbrechen nicht unter verbrecherischer Mitwirkung Anderer begangen wurde, kann natürlicher Weise von Theilnahme an demselben keine Rede sein. Es ist zwar möglich, daß in diesem Falle das Verbrechen nicht zur Entstehung kommen kann, ohne daß andere Menschen durch ihre Thätigkeit dazu mitwirken [1]). Allein wenn diese Thätigkeit keine verbrecherische war, so erscheint doch derjenige, der durch seine Thätigkeit die Veranlassung wurde, daß die Thätigkeit Anderer zu einem Verbrechen führte, als der alleinige Urheber desselben. Die Handlung, durch welche ein Verbrechen hervorgebracht werden kann, ist also in Beziehung auf dasselbe entweder Theilnahme oder Urheberschaft, je nachdem die außerhalb des handelnden Menschen liegenden Ursachen, welche aber in sofern sie durch seine Thätigkeit veranlaßt waren, mit zu seiner Handlung gehören, in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen bestehen, oder je nachdem das nicht der Fall ist. Die Erörterung über die Weisen aber, in welchen Urheberschaft oder Theilnahme entstehen kann, sowie die verschiedenen Modificationen, welche dabei eintreten können, muß, dem früher angegebenen Plane zufolge, der dritten Abtheilung dieses Capitels vorbehalten bleiben [2]). Denn gerade durch

---

1) Z. B. in dem Falle des Art. 107. der P. G. O., in welchem der falsche Zeuge, der einen Anderen fälschlich zu peinlicher Strafe schwört, der alleinige Urheber der dem Unschuldigen zugefügten Verletzung ist, obgleich dieselbe nicht ohne die Thätigkeit des Gerichtes hervorgebracht werden konnte.

2) S. oben S. 116.

Digitized by Google

diese Weisen und Modificationen wird der Causalzusammenhang gebildet, der zwischen der Handlung und der verbrecherischen Erscheinung Statt finden muß [1]).

Dritte Abtheilung.

Von dem Causalzusammenhange zwischen der Handlung und der verbrecherischen Erscheinung.

Es ist schon oft bemerkt worden, daß ein Verbrechen nur unter der Voraussetzung angenommen werden könne, daß die Erscheinung desselben durch eine rechtswidrige entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebracht worden war. Mit anderen Worten, die verbrecherische Erscheinung muß als Folge durch eine menschliche Handlung als Ursache entstanden sein, wenn von einem Verbrechen soll die Rede sein können. Daß sich die menschliche Handlung zu der verbrecherischen Erscheinung verhält wie die Ursache zur Folge, bildet eben den Causalzusammenhang, von welchem gegenwärtig gesprochen werden muß. Die Frage, auf deren Beantwortung es hier ankommt, ist keine andere, als in welchen Fällen sich sagen lasse, daß ein Mensch durch seine Handlung die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht habe.

Wenn die verbrecherische Erscheinung nicht aus der Handlung eines bestimmten Menschen hervorgegangen war, sondern aus anderen Ursachen, entweder den Handlungen

---

1) Dabei wird von der sogenannten physischen und intellectuellen Urheberschaft und den verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen die Rede sein.

Digitized by Google

anderer Menschen, oder Ereignissen der Natur, ist der Causalzusammenhang zwischen der Handlung jenes bestimmten Menschen und der verbrecherischen Erscheinung natürlicher Weise ausgeschlossen [1]). Denn dieselbe ist eben alsdann von anderen Menschen hervorgebracht worden oder in Folge eingetretener Naturereignisse entstanden. In dieser Allgemeinheit wird Niemand dieser Behauptung widersprechen und in der That wäre kaum nöthig gewesen, dieselbe aufzustellen, wenn nicht im Einzelnen von angesehenen Criminalisten davon abgewichen würde.

Wenn der Tod in Folge einer Handlung, die Jemand begangen hatte, unausbleiblich hätte erfolgen müssen, und nur aus dem Grunde nicht erfolgte, weil er durch ein anderes dazu kommendes Ereigniß unmittelbar herbeigeführt wurde, so soll nach der Ansicht Einiger derjenige, der jene Handlung beging, sich einer vollendeten Tödtung schuldig gemacht haben. Rührte dieses den Tod beschleunigende oder unmittelbar hervorbringende Ereigniß von der leblosen Natur her, so kann natürlich nur von einer vollendeten Tödtung die Rede sein; war es aber ein Mensch, der durch eine spätere Verletzung den unmittelbaren Tod bewirkte, so sollen Beide der consummirten Tödtung schuldig sein [2]). Die gesetzliche Bestätigung für diese Ansicht soll liegen in einer Stelle, welche von Julian herrührt, in l. 51. pr. §. 1 und 2. D. ad leg. Aquil.

---

1) Es versteht sich von selbst, daß sich die Sache anders verhält im Falle einer Theilnahme, da nämlich der Eine zu den Handlungen der Anderen Veranlassung gegeben hatte. Denn in diesem Falle müssen die Handlungen von diesen zugleich als die Handlung von jenem angesehen werden.

2) Wächter, a. a. O. §. 162. S. 125.

Digitized by Google

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset, moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: Occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit, sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset: tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset, aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, utrumque eorum lege Aquilia teneri. §. 1. Idque est consequens auctoritati veterum, qui cum a pluribus servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu periisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt. §. 2. .... Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet, longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius; cum nec maleficia impunita esse oporteat, nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur.

Zur richtigen Interpretation dieser Stelle ist es nothwendig, noch zwei andere Stellen hinzu zu fügen, welche beide Ulpian zum Verfasser haben.

L. 11. §. 3. D. eod. Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri, quasi occiderit,

Digitized by Google

sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit, quod et Marcello videtur, et est probabilius.

L. 15. §. 1. eod. Si servus vulneratus mortifere, postea ruina, vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, de occiso agi posse, Julianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc, cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus. Sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

Auf den ersten Anblick scheint es, als finde zwischen diesen drei Stellen ein Widerspruch Statt, indem in denselben für zwei scheinbar ganz gleiche Fälle eine verschiedene Entscheidung gegeben wird. Nach Ulpian haftet nur für Verwundung, nicht für Tödtung, wer einem Anderen eine tödtliche Wunde beigebracht hatte, wenn dieser nicht lediglich an der Wunde gestorben war, sondern wenn, ehe er an der Wunde starb, der Tod durch ein anderes Ereigniß herbeigeführt worden war. Fügte ein Anderer dem bereits tödtlich Verwundeten eine Wunde zu, an welcher er starb, so haftet derselbe wegen der Tödtung. Nach Julian dagegen sollen Beide wegen Tödtung haften, sowohl der zuerst Verwundende, als wer die zweite Verwundung zugefügt hatte.

Einige sind hier in der That der Meinung, die drei Stellen seien nicht zu vereinigen, indem die Meinung Julians von Ulpian verworfen worden sei [1]). Julian

1) Glück, Erläuterung der Pandecten, Band 10, S. 348.

soll sogar, wie aus l. 15. §. 1. cit. hervorgehe, sich selbst widersprechen und seine in l. 51. cit. ausgesprochene Meinung in der Folge wieder geändert haben [1]). Daß aber Ulpian die von Julian aufgestellte Meinung habe verwerfen wollen, kann nicht wohl angenommen werden. Denn in l. 15. §. 1. cit. wird von Ulpian die Ansicht Julians referirt, und ohne die entfernteste Andeutung von Mißbilligung geradezu für die richtige erklärt. Daß aber Julian nicht mit sich selbst in Widerspruch stehe, wird sich zeigen, wenn diejenige Interpretation, welche sogleich nachher gegeben werden wird, für die richtige befunden werden sollte.

Andere suchen, wie schon die Glosse thut [2]), die Lehre Ulpians und Julians dadurch zu vereinigen, daß sie die beiden von Ulpian herrührenden Fragmente von einem Falle verstehen, da die erste Wunde zwar tödtlich, aber nicht absolut tödtlich gewesen sei, so daß es nicht unzweifelhaft gewiß sei, ob der Verwundete an derselben gestorben sein würde, während sie das Fragment Julians auf den Fall beziehen, da die erste Wunde von absoluter Lethalität gewesen sei, so daß sie den Tod auf jeden Fall zur Folge gehabt haben würde [3]).

Dieser Meinung dürfte in sofern allerdings beizupflichten sein, als sie zwischen Ulpian und Julian keinen Widerspruch annimmt. Denn, wie schon vorhin bemerkt worden ist, ergiebt sich gerade daraus, daß Ulpian in l. 15. §. 1. cit. sich auf Julian beruft, daß Beide über

1) *Gerhard Noodt*, ad leg. Aquil. lib. sing. cap. 10.

2) Ad leg. 51. §. 2. cit.

3) *Suarez*, Comment. ad leg. Aquil. lib. I. cap. 3. sect. 3. *Voet*, comment. ad Pand. h. t. §. 9. *Matthaeus*, de criminibus, ad lib. 48. tit. 5. cap. 3. nr. 19.

Digitized by Google

den Fall, der dieser Stelle zu Grunde liegt, vollkommen einverstanden waren [1]). Wenn sich aber dieses so verhält, so mußten sie auch über den in l. 51. pr. vorgetragenen Fall übereinstimmen, da Meinungsverschiedenheit über diesen Fall Uebereinstimmung über jenen logisch unmöglich gemacht haben würde. Es müssen also allerdings, da nach den Stellen Ulpians nur der zuletzt Verwundende wegen Tödtung, der Andere dagegen bloß wegen Verwundung haften soll, während Julian sowohl den zuerst, als auch den zuletzt Verwundenden wegen Tödtung in Anspruch nehmen will, beide Juristen an zwei ganz verschiedene Fälle gedacht haben. Ob aber diese Verschiedenheit der Fälle darin bestehe, daß in dem einen die erste Wunde absolut tödtlich, in dem anderen dagegen nicht absolut tödtlich gewesen sei, scheint sehr bezweifelt werden zu müssen. Sollten die römischen Juristen, denen man doch sonst Bedachtsamkeit und Vorsicht nicht absprechen kann, es eher für juristisch ausgemacht angenommen haben, daß eine Wunde wirklich tödtlich sei, als bis sie den Tod in der That zur Folge gehabt habe? Sollten sie die Aerzte ihrer Zeit für so untrüglich gehalten haben, daß sie denselben zugetraut hätten, mit einer Sicherheit, die der rechtlichen Gewißheit gleich käme, bestimmen zu können, daß eine Wunde, die

---

1) Uebrigens scheint es allerdings, daß über obige Fälle unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit obgewaltet habe. Es folgt dieses Theils aus der Weise, in welcher sich Ulpian in l. 11. §. 3. cit. ausdrückt („et est probabilius"), Theils daraus, daß Julian in l. 51. cit. seine Meinung so umständlich rechtfertigt und begründet, wahrscheinlich aus Rücksicht auf diejenigen, welche anderer Meinung waren. Mit dem Obigen hat nur behauptet werden sollen, daß diese Meinungsverschiedenheit nicht zwischen Ulpian und Julian Statt gefunden habe.

den Tod nicht zur Folge gehabt hatte, doch zur Folge gehabt haben würde? Vielmehr wird es den römischen Aerzten nicht besser gegangen sein, als den Aerzten der späteren Zeit, welche oft erst nach eingetretenem Tode mit Sicherheit zu entscheiden vermögen, ob eine Wunde hätte geheilt werden können, oder nicht, und die Juristen werden nicht, was im besten Falle mit hoher Wahrscheinlichkeit behauptet werden konnte, für juristische Gewißheit genommen und rechtliche Folgen daran gebunden haben.

In der That scheint auch aus den vorliegenden drei Stellen hervorzugehen, daß die römischen Juristen nur diejenigen Wunden für tödtlich gehalten haben, für deren Tödtlichkeit der eingetretene Tod selbst den Beweis lieferte. Ulpian spricht in l. 15. §. 1. zwar von einem vulnus mortiferum; aber wer diese Wunde zugefügt hatte, soll nicht wegen Tödtung haften, wenn der Tod durch ein später hinzutretendes Ereigniß herbeigeführt wurde, weil es nicht klar war, ob das vulnus mortiferum den Tod nach sich gezogen haben würde. Wahrscheinlich und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gewiß mochte dieses allerdings sein, da der zweiten Verwundung in dem vorliegenden Falle die Wirkung zugeschrieben wird, daß durch dieselbe der Tod frühzeitiger, maturius, herbeigeführt worden sei, und sich von einem frühzeitigeren Eintritte des Todes nur sprechen läßt, wenn derselbe in Folge eines anderen Grundes zwar auch, aber nur später erwartet wurde; allein diese wahrscheinliche Gewißheit ist noch keine rechtliche Gewißheit, der rechtliche Folgen beigelegt werden könnten. Die erste Wunde, von welcher Julian in l. 51. pr. cit. spricht, wird auch vulnus mortiferum genannt, und der zweiten Verwundung wird ebenfalls die Wirkung zugeschrieben, ut maturius interficeretur, quam ex

Digitized by Google

priore vulnere moriturus fuerat. In so weit ist also gar kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß das (erste) vulnus mortiferum, von welchem Ulpian spricht, ein anderes sei, als welches Julian meint, und daß namentlich dieser von einer absolut lethalen, jener dagegen von einer nicht absolut lethalen Wunde spreche. Allein, könnte man einwenden, Julian sagt ausdrücklich, daß er von einer solchen Wunde spreche, ut ex eo certum esset, moriturum, woraus man mit der Glosse ableiten müsse, daß eine absolut lethale Wunde gemeint sei. Allein Julian erläutert selbst noch im weiteren Verlaufe der Stelle, was er unter einer Wunde verstehe, von welcher es gewiß sei, daß der Verwundete daran sterben werde. Er setzt nämlich diese Wunde denjenigen gegenüber, welche den Verwundeten seines Lebens auf der Stelle berauben (ut confestim vita privarent), so daß er darunter solche Wunde meint, welche den Tod nicht auf der Stelle, sondern später (ex intervallo) zur Folge haben. Ist nun in diesem Falle der Verwundete wirklich an Nichts Anderem, als an der Wunde gestorben (ex vulnere), so wird zwar, was für die Berechnung des Schadensersatzes und der Privatstrafe nach dem ersten Capitel der lex Aquilia von Wichtigkeit war, die Sache so angesehen, als sei die Tödtung zu der Zeit hervorgebracht, da die Verwundung zugefügt worden; daß aber ohne den als ausschließliche Folge der Verwundung eingetretenen Tod der Verwundende als Tödtender angesehen und in Anspruch genommen werden solle, wird von Julianus keines Weges behauptet. Vielmehr wird sich zeigen, daß auch er sich nur an die wirklich geschehene Thatsache hielt, und nur diejenige Wunde für eine gewiß tödtliche hielt, welche den Tod als ausschließliche Folge wirklich nach sich gezogen hatte.

Digitized by Google

Denn der Gedankengang, den Julian in der fraglichen Stelle nimmt, ist folgender. Nachdem er von der ihm vorgelegten Frage etwas abgeschweift war, und namentlich bemerkt hatte, daß nach der lex Aquilia nicht nur, wer einen Menschen auf der Stelle getödtet habe, sondern auch, wer ihn so verwundet habe, daß er später daran gestorben sei, hafte [1]), kehrt er mit dem Worte igitur [2]) zur Sache zurück, und entscheidet nun, daß Beide, sowohl der zuerst, als der zuletzt Verwundende wegen Tödtung haften sollen. Als Entscheidungsgrund beruft sich Julian auf den unbestrittenen Satz, daß, wenn Mehrere einen Sclaven so verwundet hätten, daß nicht klar sei, durch wessen Verwundung er gestorben, Alle mit der actio ex lege Aquilia belangt werden könnten [3]). Daraus folgt aber, daß Julian hier von einem Falle spricht, in welchem es zweifelhaft war, an welcher Verwundung der Verwundete gestorben war. Denn ob er an der ersten Verwundung gestorben war, oder nicht, konnte man nicht genau wissen,

---

1) Schon die Glosse ad hunc locum macht die Bemerkung, daß Julian hier abschweife und weit aushole.

2) Es ist sehr gebräuchlich, mit igitur den unterbrochenen Gedankengang wieder aufzunehmen, wie wir uns auch im Teutschen des Wortes „Also" öfters in ähnlicher Bedeutung bedienen, ohne daß dadurch ein innerer Zusammenhang des unmittelbar Vorhergehenden mit dem unmittelbar Nachfolgenden angedeutet werden soll.

3) Dieser Grundsatz muß unbestritten gewesen sein, da Julian sagt, daß er auf der auctoritas veterum beruhe. Auch Ulpian in l. 11. §. 2. eod. führt denselben an, ohne ein Bedenken dagegen zu haben. Nur die specielle Anwendung, die hier Julian von demselben macht, mochte Widerspruch gefunden und ihn veranlaßt haben, dieselbe so weitläufig zu rechtfertigen.

Digitized by Google

weil eben noch eine zweite Verwundung hinzu gekommen war. Dieselbe Ungewißheit findet aber auch Statt in den beiden von Ulpian entschiedenen Fällen, und eben deßwegen wird in denselben der zuerst Verwundende von Tödtung frei gesprochen. Wenn nun aber, wie man aus der Verschiedenheit der Entscheidung schließen muß, zwischen dem Falle Ulpians und dem Julians eine Verschiedenheit Statt findet, so kann diese offenbar nicht darin bestehen, daß die erste Verwundung verschieden und etwa in dem einen Falle von absoluter, in dem anderen dagegen von nur gewöhnlicher Lethalität gewesen wäre. Denn daß auch Julian in seinem Falle nicht an eine absolute lethale Verwundung, welche wirklicher Tödtung gleich geachtet werden könnte, gedacht habe, folgt gerade daraus, daß es nach der Voraussetzung des Falles nicht klar war, an welcher, mithin auch ob an der ersten Wunde der Getödtete verstorben war. Daraus folgt aber, daß die Verschiedenheit des Falles nicht anders, als in der zweiten Verwundung gesucht werden kann. Die Wirkung, welche der zweiten Verwundung in beiden Fällen zugeschrieben wird, ist ut maturius interficeretur. In Julians Falle war es aber ungewiß, ob der zuletzt Verwundende als die eigentliche Ursache des Todes angesehen werden könne. Folglich wird die Verschiedenheit, welche zwischen beiden Fällen in Ansehung der zweiten Verwundung Statt finden muß, nur darin bestehen können, daß es in Ulpians Falle nicht ungewiß, sondern unzweifelhaft war, daß in der zweiten Verwundung die Ursache des Todes gefunden werden müsse. Die Ungewißheit, welche in Julians Falle über diesen Punct obwaltete, konnte nur daher entspringen, daß es nicht klar war, in wie weit die bereits vorhandene Verwundung mitgewirkt hatte, den Tod

hervor zu bringen, oder mit anderen Worten, ob die zweite Verwundung als die alleinige Ursache des Todes angesehen werden könne. Folglich muß in Ulpians Falle die zweite Verwundung von der Art gewesen sein, daß man in derselben, ohne der ersten Wunde einige Mitwirkung dabei zuschreiben zu müssen, die alleinige Ursache des Todes erblicken konnte, und deßwegen konnte Ulpian, da der Tod auch eingetreten sein würde, wenn die erste Wunde gar nicht vorhanden gewesen wäre, kein Bedenken haben, den zuletzt Verwundenden wegen Tödtung haften zu lassen.

Um in zwei Worte das Resultat der hier versuchten Auslegung zusammen zu fassen, so ist die Entscheidung Ulpians keine andere, als: wer einem Anderen eine, wenngleich tödtliche Wunde beigebracht hat, haftet nur wegen Verwundung, wenn nicht der Tod als ausschließliche Folge dieser Wunde wirklich eingetreten war; wer dagegen einem bereits Verwundeten eine Wunde beibringt und denselben tödtet, haftet wegen Tödtung, wenn in der zweiten Wunde die alleinige Ursache des Todes gefunden werden kann. In diesem Falle kann von dem zuerst Verwundenden, wäre seine Wunde auch der schwersten Art gewesen, nicht angenommen werden, daß er getödtet habe [1]).

Die Entscheidung Julians dagegen ist folgende: wer Jemandem, der bereits von einem Anderen eine schwere tödtliche Wunde erhalten hatte, eine Wunde beibringt, an welcher derselbe stirbt, ohne daß in dieser Wunde die alleinige Ursache des Todes erblickt werden könnte, haftet

1) Daß Ulpian bei seiner Entscheidung voraussetzt, die zweite Wunde sei die alleinige Ursache des Todes, erhellet auch noch einiger Maßen daraus, daß er dieselbe einer ruina oder einem naufragium gleichstellt, worin doch alleinige Ursachen des Todes gefunden werden müssen.

zwar auch wegen Tödtung; allein der Andere, der die erste Wunde zugefügt hatte, in welcher die mitwirkende Ursache des eingetretenen Todes liegt, kann ebenfalls wegen Tödtung in Anspruch genommen werden [1]).

Der Grund dieser Entscheidung ist kein anderer, als: weil weder in der ersten, noch in der zweiten Wunde die ausschließliche Ursache des Todes liegt, sondern weil der Tod nur durch das Zusammenwirken beider Ursachen entstanden ist. Es würde in diesem Falle immer eine Ungerechtigkeit gegen den einen Verwundenden sein, wenn man nur ihn wegen Tödtung haften lassen wollte, da die Ursache des Todes ebenso wohl in dem Anderen lag; es würde aber auch eine Ungerechtigkeit sein gegen den Herrn des getödteten Sclaven, wenn man ihm gar keine Klage wegen Tödtung hätte gestatten wollen, da ihm doch in der That sein Sclave getödtet worden war. Es blieb daher Nichts übrig, als dem Herrn gegen beide Verwundenden die Klage wegen Tödtung zu gewähren.

Da es nun, was den criminalrechtlichen Gebrauch der in der lex Aquilia enthaltenen Bestimmungen betrifft, außer allem Zweifel ist, daß auf keinen Fall consummirte Tödtung angenommen werden kann, um Jemanden dafür zu bestrafen, wo nicht ein Mal nach jenem Gesetze con-

---

1) *Matthaeus*, de criminibus, l. c. führt, aber mißbilligend, an, daß einige ältere Interpreten die fraglichen Stellen wenigstens theilweise in demselben Sinne ausgelegt haben. Nach dieser Interpretation solle es darauf ankommen, ob der Verwundete sogleich sterbe, nachdem er die zweite Wunde erhalten, oder ob er dieselbe noch einige Tage überlebte. Im letzteren Falle hafteten beide, der zuerst und der zuletzt Verwundende wegen Tödtung; im ersteren Falle sei nur der zuletzt Verwundende wegen Tödtung verantwortlich.

Digitized by Google

summirte Tödtung angenommen wird, um Entschädigung und Privatstrafe eintreten zu lassen, so scheint es nach dem Bisherigen nicht bezweifelt werden zu können, daß in dem römischen Rechte kein Grund liegt, um, wie unter Anderen Wächter will, den zuerst Verwundenden, wenn auch die Wunde von der schwersten Art gewesen, einer vollendeten Tödtung für schuldig zu halten, wenn der Tod wirklich erst in Folge einer anderen Wunde eintrat, welche die alleinige Ursache desselben ausmachte. Auch nach den Grundsätzen der Carolina läßt sich dieses nicht behaupten. Denn dieselbe erfordert zum Begriffe der Tödtung, daß Jemand gestorben und zwar „der geklagten Streiche halber" gestorben sei[1]), woraus von selbst folgt, daß der zuerst Verwundende keine Tödtung begangen haben kann, wenn der Getödtete durch andere Wunden um das Leben gekommen war[2]). Daß dagegen in diesem Falle der zuletzt Verwundende sich einer Tödtung schuldig gemacht habe, wenn in der von ihm zugefügten Wunde die alleinige Ursache des eingetretenen Todes lag, braucht kaum bemerkt zu werden.

Allein eine andere Frage ist es, ob die criminalrechtliche Verantwortlichkeit ebenso weit reiche, als die privatrechtliche, oder ob nicht vielmehr jene auf engere Gränzen beschränkt sei, als diese. Wenn Julian in dem Falle, da keine der beiden Wunden die ausschließliche Ursache des

1) P. G. O. Art. 147.

2) So wenig der Begriff der Tödtung dadurch aufgehoben wird, daß der Getödtete ohnehin nur noch kurze Zeit zu leben gehabt haben würde, wie etwa ein Todtkranker oder ein auf dem Wege zur Hinrichtung Begriffener, ebenso wenig kann es schon für Tödtung genommen werden, wenn eine unbedingt lethale Wunde zugefügt wird.

Digitized by Google

Todes gewesen war, sondern wenn dieselbe vielmehr in dem Zusammenwirken von beiden gelegen hatte, beide wegen der Tödtung in Anspruch nehmen will, so fühlt er wohl, daß der gesunde Rechtssinn daran Anstoß nehmen könne. Denn es ist entschieden unbillig, bloß aus dem Grunde wegen Tödtung haften zu sollen, weil noch ohne alles Zuthun die Handlung eines Anderen hinzu gekommen war. Allein der Herr, dem unrechtmäßiger Weise ein Sclave getödtet worden war, muß doch entschädigt werden, und es wäre noch unbilliger, ihm diese Entschädigung absprechen zu wollen [1]). Die Haftpflicht wegen Tödtung wird daher in diesem Falle beiden Verwundenden nur aus dem Grunde auferlegt, damit keinem von ihnen im Verhältniß zum anderen Unrecht geschehe und der Herr des getödteten Sclaven nicht um seine Entschädigung komme.

Es ist aber einleuchtend, daß von einem ganz anderen Gesichtspuncte ausgegangen werden muß, wo es sich um criminelle Bestrafung handelt, nicht, um einen Verletzten zu entschädigen, sondern um einer Forderung der Gerechtigkeit zu genügen. Denn hier kommt es nicht darauf an, daß Jemand schuldig befunden werde, weil man Strafe eintreten lassen will, sondern man verhängt Strafe wider denselben, weil er für schuldig befunden worden ist. Bei diesem in der Natur der Sache liegenden Gesichtspuncte, der auch der des römischen Rechtes ist, scheint es von vorn herein nicht möglich zu sein, daß die römischen Juristen in dem Falle Julians beide Verwundende wegen Tödtung verantwortlich gemacht haben würden, damit über beide die Criminalstrafe der Tödtung verhängt werden könnte. Denn wegen den civilrechtlichen Folgen ließen

1) L. 51. §. 2. cit.

sie die nicht ganz billige Entscheidung nur eintreten, um nicht in eine noch größere Unbilligkeit zu verfallen; für die criminelle Bestrafung aber fiel dieser Grund hinweg, da sie auf keinen Fall Unbilligkeit darin finden konnten, Jemanden nicht einer Tödtung für schuldig zu erklären und deßhalb zu bestrafen, deren sie ihn in der That gar nicht für schuldig hielten. Waren freilich beide Verwundungen, in der Absicht zu tödten, zugefügt, so unterlagen nach römischem Rechte beide derselben Strafe; aber nicht, weil angenommen wurde, daß beide die Ursache des eingetretenen Todes seien, sondern weil es im römischen Criminalrechte ein eigenes Verbrechen der vollendeten Tödtung in der heutigen gemeinrechtlichen Bedeutung gar nicht gab, und weil der Wille zu tödten, wenn er nur anders durch schlüssige Handlungen zu erkennen gegeben war, ebenso angesehen wurde, als die vollzogene Tödtung [1]). Allein wo es für die strafrechtliche Beurtheilung von Bedeutung war, ob der Tod eingetreten war oder nicht, wie sich dieses nach römischem Rechte bei den culposen Tödtungen so verhielt, und nach heutigem Rechte auch in Ansehung der dolosen Tödtungen der Fall ist, begnügte man sich, wie sich zeigen wird, keines Weges damit, Jemanden einer vollzogenen Tödtung für schuldig zu erachten und demgemäß zu bestrafen, von welchem es nicht juristisch und mit materialer Wahrheit, welche verständiger Weise allein im Criminalrechte gelten kann, ausgemacht war, daß er dieselbe in der That vollzogen hatte. Und was ist es Anderes, als Jemanden, von welchem man nicht sicher weiß, ob er es begangen hat, eines Verbrechens für schuldig zu erklären und wegen desselben zu bestrafen, wenn man Beiden, welche

1) Vergl. meine Abhandlungen, Band I, S. 37 und 38.

Digitized by Google

die Wunde zugefügt haben, die Tödtung anrechnen will, bloß aus dem Grunde, weil man nicht genau weiß, durch welche von beiden Wunden dieselbe hervorgebracht worden war?

Mochte daher immerhin Julian, wie uns Ulpian, ohne ein Bedenken dagegen auszusprechen [1]), berichtet, für die privatrechtliche Entschädigung und Strafe den Grundsatz aufstellen, daß von den Mehreren, welche einen Sclaven verwundet hätten, alle wegen Tödtung haften müßten, wenn nicht bewiesen werden könne, wem im Besonderen die Tödtung zuzuschreiben sei: für das Criminalrecht mußte dieser Grundsatz den Römern unanwendbar erscheinen. In der That spricht für das Criminalrecht gerade den entgegengesetzten Grundsatz aus Paulus in

l. 17. D. ad leg. Cornel. de sicariis: Si in rixa percussus homo periit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet.

Denn in diesen Worten ist es deutlich ausgesprochen, daß Jeder nur gestraft werden soll für das, was er selbst gethan hat, nicht auch für das, was Andere gethan haben, und wenn es für die Bestrafung auch auf den Erfolg ankommt, nur für denjenigen Erfolg, den er selbst hervorgebracht hatte [2]). Hiermit stimmt auch die Carolina vollkommen überein, indem sie Art. 148. vorschreibt:

---

1) L. 11. §. 2. D. 9. 2. Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit ille, quasi occiderit, tenetur. Quod si non adparet, omnes, quasi occiderint, teneri, *Julianus* ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur.

2) Ich kann hier mit Abegg, A. d. C. R. Neue Folge, 1836, S. 197., nicht übereinstimmen, der die Stelle auch von

Digitized by Google

„So aber etlich person ungeschichts inn einem schlagen oder gefecht bey einander weren, einander helffen, und jemandt also on gnugsam ursach erschlagen würde, so man dann den rechten thätter weiß, von des Hand die entleibung geschehen ist, der soll als eyn todtschleger mit dem schwert zum todt gestraft werden.“

In dieser Stelle ist es ebenfalls klar vorgeschrieben, daß kein Anderer wegen Tödtung bestraft werden soll, als der rechte Thäter, worunter nur derjenige verstanden werden kann, in dessen Handlung die ausschließliche Ursache des eingetretenen Todes lag. Es ist zwar in dieser Stelle nur bedingungsweise ausgesprochen, daß der rechte Thäter haften solle, nämlich für den Fall, daß man wisse, wer derselbe sei. Allein das ist eine Bedingung, die eigentlich bei jeder Androhung von Strafen stillschweigend vorausgesetzt wird, und in dem Art. 148. wohl nur aus dem Grunde besonders hervorgehoben ist, weil es bei Tödtungen, die in Aufruhr und Tumult vorgefallen sind, leichter vorkommt, als in anderen Fällen, daß man nicht weiß, wer der rechte Thäter sei. In keinem Falle darf man deßwegen von dieser bedingungsweise vorgeschriebenen Bestrafung des rechten Thäters ein argumentum a contrario hernehmen, und etwa folgern wollen, daß für den Fall, da man den rechten Thäter nicht wüßte, und bloß aus dem Grunde, weil man denselben nicht wüßte, Andere mit der diesem eigentlich gebührenden Strafe belegt werden könnten. Denn das würde eine zu einleuchtende Ungerechtigkeit sein, als daß man annehmen dürfte, sie könne in dem Willen ei-

---

dolosen Tödtungen verstehen will. Vergl. dagegen Wächter, Lehrbuch, §. 89. Note 82., und im N. A. des C. R. XIV, S. 112., Note 17.

Digitized by Google

nes Gesetzgebers gelegen haben. Nichtsdestoweniger wird nach der gewöhnlichen Interpretation unserem Gesetzgeber der Vorwurf gemacht, sich dieser Ungerechtigkeit schuldig gemacht zu haben, und zwar in folgender in dem weiteren Verlaufe des Art. 148. vorkommenden Disposition:

„War aber der entleibt durch mer dann eynen die man wüßt, geverlicher weiß tödtlich geschlagen, geworffen oder gewundt worden, und man könnet nit beweißlich machen, von welcher sonderlichen Hand und That er gestorben wer, so seyn dieselben, so die verletzung, wie obsteht, gethan haben, alle als todtschleger vorgemelter maßen zum todt zu strafen."

Findet man in diesen Worten, wenn man sie mit den schon angeführten in Verbindung bringt, Nichts als die Vorschrift, daß vor Allem nach dem rechten Thäter geforscht werden soll, um ihn zu bestrafen, daß aber für den Fall, daß dieser nicht ermittelt werden kann, Alle, welche eine tödtliche Wunde zugefügt haben, als Todtschläger bestraft werden sollen, um gewisser Maßen denjenigen, der eigentlich der allein Schuldige ist, ganz sicher mit zu treffen, so hat Stübel allerdings Recht, wenn er diese Vorschrift für eine ganz willkürliche erklärt [1]). Er hätte dieselbe geradezu für eine ungerechte erklären können, da auf jeden Fall nach der eigenen Ansicht des Gesetzes eine Anzahl Unschuldiger bestraft werden würde, wenn die Strafe der Tödtung nur aus dem Grunde über sie verhängt wurde, weil der rechte Thäter nicht hatte ermittelt werden können.

Es ist vielmehr, wenn dem Gesetzgeber kein solche offenbare Ungerechtigkeit zugetraut werden soll, anzuneh-

1) a. a. O. S. 150.

Digitized by Google

men, daß kein einzelner rechter Thäter vorhanden sei, wenn die eben angeführten Gesetzesworte in Anwendung kommen und Alle, welche eine tödtliche Wunde zugefügt hatten, als Todtschläger bestraft werden sollen. Das Nichtvorhandensein eines rechten Thäters aber ist, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht etwa in dem Sinne gemeint, daß im vorliegenden Falle Keinem seine rechte Thäterschaft bewiesen werden könne, sondern nur in dem Sinne, daß sich aus der angestellten Untersuchung ergiebt, es sei gar keine Wunde zugefügt worden, in welcher die ausschließliche Ursache des eingetretenen Todes gelegen habe. Es ergiebt sich dieses nicht allein, wie gezeigt worden ist, aus der Natur der Sache, sondern auch aus den eigenen Worten des Artikels, nach welchen Alle, welche eine tödtliche Wunde zugefügt hatten, nur in dem Falle als Todtschläger bestraft werden sollen, da man nicht beweislich machen könnte, „von welcher sonderlichen Hand und That er gestorben sei"; so daß es also nicht bloß auf die Hand ankommt, sondern auch auf die That, d. h. auf die Beschaffenheit der Wunde, ob nämlich durch diese der Tod ausschließlich bewirkt worden war. Wenn sich daher an dem Entleibten eine solche Wunde fand, daß in ihr die ausschließliche Ursache des Todes gefunden werden konnte, so konnten nun nach den Worten des Artikels die Uebrigen, welche etwa noch Wunden zugefügt hatten, nicht als Todtschläger bestraft werden, da man nun die sonderliche That wußte, von welcher der Entleibte gestorben war. Auch wenn nicht ermittelt werden kann, von welcher Hand diese That verübt worden, können nicht Sämmtliche als Todtschläger bestraft werden, weil auch dadurch die Bedingung noch nicht erfüllt ist, welche die Gesetze dazu verlangen, daß man nämlich die sonderliche

Digitized by Google

Hand und That nicht wisse, von welcher der Entleibte gestorben [1]).

Demnach können die Worte des Artikels nur von solchen Wunden verstanden werden, von welchen keiner der Tod ausschließlich als Folge zugeschrieben werden kann. Das wird immer der Fall sein, wenn zu der einen Wunde, wenn sie auch schwer sein sollte und den Tod wahrscheinlicher Weise für sich allein herbei geführt haben würde, noch andere Wunden hinzu kommen, die nicht so leicht sind, daß es sich nach der medicinischen Erfahrung von selbst ergiebt, daß sie auf den eingetretenen Tod keinen Einfluß gehabt haben [2]). Denn wenn der Tod nicht wirklich eingetreten ist und zwar ausschließlich in Folge der einen Wunde, kann man eben höchstens nur sagen, daß er wahrscheinlich auch eingetreten sein würde, wenn die anderen Wunden nicht hinzu gekommen wären.

---

1) Schon *Clarus*, lib. V. §. homicidium nr. 38 und 41. bezeugt es als communis opinio, daß, wenn die Wunde, an welcher der Entleibte gestorben, aber nicht der Urheber derselben gewiß sei, alle Verwundenden zwar wegen Tödtung haften, aber nicht mit der ordentlichen, sondern nur mit einer außerordentlichen Strafe belegt werden. Das läuft aber darauf hinaus, daß sie nicht als Todtschläger bestraft werden.

2) Z. B. wenn dem Entleibten der Schädel eingeschlagen ist und sich außerdem unbedeutende Hautverletzungen im Gesicht und an den Händen finden, kann nicht davon die Rede sein, daß diese zum Tode mitgewirkt haben. Dagegen muß immer angenommen werden, daß keine Wunde den Tod ausschließlich zur Folge gehabt hat, wenn der Entleibte mehrere Wunden erhalten, deren jede allein den Tod möglicher Weise hätte bewirken können. Auch wenn der schon tödtlich Verwundete eine Wunde erhält, welche für sich allein nicht tödlich ist, aber den Tod beschleunigt, kann derselbe keiner Wunde ausschließlich zugeschrieben werden.

Digitized by Google

Wenn nun in dem Artikel wirklich vorgeschrieben wäre, daß die Urheber der mehreren Wunden, deren vereinter Wirkung der Tod zugeschrieben werden muß, als Todtschläger angesehen und bestraft werden sollen, so wäre allerdings für das Criminalrecht und die Bestrafung dasselbe Princip zu Grunde gelegt, von welchem Julian für das Civilrecht und die Entschädigung ausgehet, daß nämlich, wenn Keinem im Besonderen seine Thäterschaft nachgewiesen werden könne, Jeder für den Thäter gehalten werden, und daß die Handlung des Einen in die Handlung des Anderen mit eingerechnet werden solle. Allein eine solche Vorschrift ist in der That in dem Artikel nicht enthalten. Denn nur diejenigen, durch welche der Entleibte „geverlicher weiß tödtlich geschlagen, geworfen oder gewundt worden", sollen als Todtschläger bestraft werden. Damit ist aber nach dem bekannten Sprachgebrauche der Carolina gemeint, daß die Mehreren, welche die Wunden zufügten, es in böser Absicht thaten [1]), und zwar, wie aus der Größe der angedroheten Strafe und aus der Wortverbindung hervorgehet, nicht bloß in der Absicht, gefährliche Wunden beizubringen, sondern in der Absicht zu tödten [2]).

---

1) Vergl. Wächter, Lehrbuch, §. 192. S. 300 ff.

2) Wächter, im N. A. des C. R. XIV. S. 108. verstehet die Worte „geverlicher weiß" bloß von der Absicht, sehr bedeutende Verletzungen beizubringen, aus welchen wider Willen der Verletzenden der Tod erfolgen konnte, oder wirklich erfolgte. Allein in den Worten liegt es nicht (Gobler übersetzt: malitiose mortaliter ictus), und die Schwertstrafe ist wohl auch ein Beweis, daß hier wirklich eine dolose Tödtung gemeint sei. Wächter, der diesen ganzen Passus des Artikels von Tödtungen aus culpa dolo determinata verstehet, behauptet, die Schwertstrafe erscheine nach dem Geiste der Carolina nicht zu hart für derartige

Digitized by Google

Durch dieſe Abſicht, welche den Verwundenden gemeinſchaft- iſt, werden ihnen aber auch die Handlungen gemeinſchaft-

---

culpoſe Tödtungen. Allein wenn das auch als richtig zugeſtanden werden könnte, ſo iſt es doch gar nicht möglich, daß ſich alle Verwundenden einer culpoſen Tödtung ſchuldig gemacht haben. Denn wenn in keiner Wunde ausſchließlich die Urſache des Todes gelegen hat, ſo läßt ſich auch von Keinem der Verwundenden ſagen, daß er den Tod hervorgebracht habe. Dem Einen aber die Wunden der Anderen zuzurechnen, iſt gar kein Grund vorhanden, wenn man nicht in Beziehung auf die Tödtung Gemeinſchaft des dolus zwiſchen ihnen annimmt. Wie käme derjenige, der die erſte Wunde zufügte, dazu, für einen Todtſchläger angeſehen zu werden, bloß aus dem Grunde, weil nach ihm und unabhängig von ihm Andere auch noch Wunden zufügten? Ueberdieß widerſpricht es allen Grundſätzen über den Beweis des dolus, daß Jemand, deſſen Abſicht auf eine ſehr bedeutende oder ſehr ſtarke Verletzung, aus welcher der Tod erfolgen konnte oder wirklich erfolgte, gerichtet war, nicht die Abſicht zu tödten gehabt haben ſoll. Der dolus wird immer ex re bewieſen, aus der Art und Beſchaffenheit der Handlung, und Jemand, der abſichtlich eine ſo ſchwere Verletzung zufügte, kann ſich auch von der Abſicht zu tödten gar nicht hinweg läugnen. Ein Hauptargument Wächters, um dieſen Abſchnitt des Artikels von einer aus culpa dolo determinata verübten Tödtung zu verſtehen, beſtehet darin, daß dieſe Art der Tödtung, welche bei Raufhändeln die gewöhnlichſte ſei, außerdem in der Carolina ganz übergangen ſein würde. Ich kann das nicht zugeben und behaupte vielmehr, daß die aus culpa dolo determinata hervorgebrachte Tödtung in der von Wächter gemeinten Art bei Raufhändeln gar nicht vorkommen kann. Denn entweder iſt der Entleibte lediglich an einer ihm abſichtlich beigebrachten Wunde geſtorben, und alsdann erſcheint dieſer Verwundende als doloſer Todtſchläger; oder er iſt durch die vereinte Wirkung mehrerer, ihm in der Abſicht zu tödten zugefügten Wunden geſtorben, und alsdann ſind alle Verwundenden doloſe Todtſchläger; oder er iſt durch die vereinte Wirkung mehrerer, nicht in der

lich, welche sie zur Erreichung derselben begehen. Denn wenn sie, obgleich sie diese Absicht hatten, dennoch keine Wunden zufügten, welche schon für sich allein und ohne die Zusammenwirkung den Tod nach sich zogen, so kann dieses nur daraus erklärt werden, daß sie auf diese Zusammenwirkung gerechnet und dadurch die Handlungen der Uebrigen zu den ihrigen gemacht haben.

Wenn daher die Mehreren, welche den Entleibten in der gemeinschaftlichen Absicht zu tödten verletzten, sämmtlich als Todtschläger angesehen werden, so geschieht das nicht, weil Jemand für einen Erfolg verantwortlich gemacht werden könnte, der nicht ausschließlich durch seine Handlung hervorgebracht worden war, sondern nur, weil in der That die gesammten Handlungen aller Verwundenden wegen der Gemeinschaft der Absicht zugleich für die Handlung jedes Einzelnen von ihnen genommen werden müssen. Findet aber eine solche Gemeinschaft des Zweckes zwischen ihnen nicht Statt, so können auch die Handlungen, welche die Einzelnen begehen, nicht den Uebrigen gemeinschaftlich, und das, was durch die vereinte Wirkung der sämmtlichen Handlungen hervorgebracht worden, nicht als durch die Handlung jedes Einzelnen hervorgebracht angesehen werden. Dieses in der Natur der Sache gegründete Resultat ist

---

Absicht zu tödten zugefügten Wunden gestorben, und alsdann kann keiner der Verwundenden weder für einen dolosen Todtschläger angesehen werden, noch auch einer culposen Tödtung schuldig sein. Von diesem letzten Falle handelt der letzte Abschnitt des Artikels von den Worten an: „auch so eyner in eyner Aufruhr oder tumult entleibt würd" wie im Texte weiter ausgeführt ist. — Vergl. noch gegen die Ansicht Wächters die Abhandlungen von Abegg, im N. A. des C. R. XIV. S. 171 ff. und A. des C. R. neue Folge, Jahrgang 1837. S. 449 ff.

Digitized by Google

auch in dem weiteren Verlaufe dieses Artikels anerkannt, indem es am Schlusse desselben heißt:

„auch so eyner inn eyner auffrur oder schlagen entleibt würd, und man mocht keynen wissen, davon er als vorsteht, verletzt worden wer, sollen die urtheyler bey den rechtverständigen .... radts pflegen."

Denn mit diesen Worten kann nur der Fall gemeint sein, da der Entleibte durch die Zusammenwirkung mehrerer Wunden, die ihm nicht in der Absicht zu tödten zugefügt waren, gestorben war. Es folgt dieses daraus, daß alle übrigen Fälle, welche denkbarer Weise hier vorkommen können, bereits in den anderen Dispositionen des Artikels vollständig erschöpft sind. Denn von dem Falle, da die Ursache des Todes in einer einzigen Wunde liegt, mag nun der Urheber derselben bekannt sein, oder nicht [1]), ist schon die Rede gewesen; ebenso von dem Falle, da er in Folge mehrerer in tödtlicher Absicht zugefügter Wunden das Leben verloren hatte; damit also der Artikel vollständig würde, war nur noch der Fall zu erwähnen, da der Tod durch die Zusammenwirkung mehrerer nicht in der Absicht zu tödten beigebrachten Wunden eingetreten war. Daß aber die angeführten Worte des Artikels auch in der That auf diesen Fall passen, bedarf kaum einer weiteren Ausführung. Denn ohne die Annahme der Zusammenwirkung der mehreren Wunden würde es nicht heißen können, „und

1) Denn daß für den Fall, da er nicht bekannt war, nicht alle Theilnehmenden als Todtschläger angesehen werden können, ist schon oben gezeigt worden. Vielmehr kommen alsdann in Anwendung die Worte des Artikels: „aber der ander beistender, helffer und ursacher straff halber, von welchs handt obbestimbter maßen der entleibt nit tödtlich verletzt worden ist, sollen die urtheyler radts pflegen."

Digitized by Google

man mocht keinen wissen, davon er als vorsteht, verletzt worden war" da man, wenn der Entleibte an einer einzigen Wunde gestorben wäre, allerdings denjenigen wissen würde, von welchem er tödtlich verletzt worden wäre, nämlich den Urheber dieser Wunde, wenngleich seine Person unbekannt sein sollte. Ebenso wenig könnten die eben angeführten Worte des Artikels gebraucht worden sein ohne die Annahme, daß die mehreren Wunden nicht in der Absicht zu tödten zugefügt worden seien, da sie außerdem auch in einer Weise zugefügt worden sein würden, von welcher schon vorstehend die Rede gewesen. Dagegen müssen sie, die Wunden, wenigstens objectiv durch ihr Zusammenwirken tödtlich gewesen sein, da es außerdem gar keinen Entleibten gegeben haben würde. In diesem Falle nun sind nach der Vorschrift des Artikels die mehreren Verwundenden keines Weges so anzusehen, als sei die Tödtung von Einem von ihnen, wenn auch nur culpos, hervorgebracht worden. Denn es heißt ausdrücklich, daß man in diesem Falle keinen wisse, davon der Entleibte „als vorstehet", worunter nur tödtlich verstanden werden kann, verletzt worden wäre. Es soll vielmehr in Ansehung der Verwundenden bei den Rechtsgelehrten Rath gepflogen werden, und diese können, wie schon gezeigt worden, nicht anders, als die Strafbarkeit jedes Einzelnen nach der Größe der Wunde, welche er zugefügt, zu beurtheilen.

Demnach ist es weder im römischen Rechte, noch in dem einheimischen Strafbuche anerkannt, daß eine Tödtung auch alsdann als von einem bestimmten Menschen hervorgebracht angesehen werden könne, wenn sie nicht wirklich aus seiner Handlung als Ursache hervorgegangen war. Daß der Tod in Folge der Handlung mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten sein würde, kann dem wirklichen Eintritte

Digitized by Google

desselben nicht gleich geachtet werden, ebenso wenig, als gesagt werden kann, der Tod sei von einem bestimmten Menschen hervorgebracht, wenn die Ursache desselben zugleich noch in der Mitwirkung anderer Kräfte liegt, welche nicht mit zu der Handlung jenes Menschen gerechnet werden können. In der That wird es auch bei anderen Verbrechen Niemandem einfallen, Jemanden für den Urheber einer bestimmten Erscheinung zu halten, der dieselbe wahrscheinlich hervorgebracht haben würde, wenn sie nicht inzwischen von anderen Menschen oder durch andere Ursachen hervorgebracht worden wäre [1]). Ebenso wenig hat man wohl je in Beziehung auf andere Verbrechen behauptet, Jemand habe eine bestimmte Erscheinung hervorgebracht, wenn dieselbe durch die von ihm unabhängigen Handlungen anderer Menschen bewirkt worden war [2]). Nur bei der Tödtung hat man, verleitet durch die eben erläuterten Stellen des römischen und einheimischen Rechtes, andere Grund-

---

1) Z. B. Wer wird denjenigen für den Dieb halten, dem ein Anderer die Sache, welche er eben ergreifen wollte, unter den Händen wegnimmt? oder für den Brandstifter, wenn der Blitz das Haus anzündet, in welches er kurz vorher die Brennmaterialien eingelegt hatte? Es ist aber in diesen Fällen ebenso wahrscheinlich, daß ohne das später eintretende Ereigniß von ihm Diebstahl und Brandstiftung vollendet worden sein würden, als es bei der Tödtung von dem zuerst Verwundenden wahrscheinlich ist, daß der Tod auch ohne die ferneren Wunden eingetreten sein würde.

2) Z. B. Es ist in einer Nacht eine Heerde von fünfzig Stück Vieh hinweggetrieben worden, und zwar hat von zehn Menschen jeder fünf Stück hinweggetrieben, ohne daß der Eine von der That des Anderen etwas wußte. Hat nun Jeder die ganze Heerde hinweggetrieben? Mit zehn Verwundenden, die unabhängig von einander handeln, verhält es sich aber in gleicher Weise.

Digitized by Google

sätze aufstellen zu müssen geglaubt, und deßwegen war es nothwendig, eine so ausführliche Auslegung dieser Stellen an diesem Orte einzuschalten.

Um nun zurück zu kommen auf die oben aufgeworfene Frage [1]), wann sich nämlich sagen lasse, daß der Mensch durch seine Handlung die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht habe, oder daß zwischen beiden Causalzusammenhang Statt finde, so braucht kaum bemerkt zu werden, daß hier nur die Rede sein kann von einem solchen Causalzusammenhange, der nach der Ansicht unserer Gesetze für den Handelnden wirkliche rechtliche Folgen nach sich zu ziehen im Stande ist. Wo das nicht der Fall ist, da darf behauptet werden, daß wenigstens in juristischer Hinsicht kein Causalzusammenhang Statt finde, wenngleich sich vielleicht nach den Ansichten des gewöhnlichen Lebens, oder auch lediglich vom physicalischen Standpuncte aus noch sagen ließe, daß die Erscheinung durch eine menschliche Handlung hervorgebracht worden sei. Denn so wie die Gesetze für einen bestimmten Menschen keine rechtlichen Folgen eintreten lassen können wegen einer Erscheinung, die nach ihrer eigenen Ansicht nicht von ihm hervorgebracht worden [2]),

---

1) S. oben S. 262.

2) Die Fälle der obligationes quasi ex delicto, in welchen Jemand für die unerlaubte Handlung eines Anderen haften muß, wie bei dem effusum et dejectum und dem damnum in navi vel caupona datum, bilden nur eine scheinbare Ausnahme. Denn der Bewohner des Zimmers ist doch nicht ohne alle Schuld, weil er Leute in dasselbe hinein ließ, welche solche unvorsichtige Handlungen vornahmen, l. 1. §. 4. D. 9. 3. und ebenso ist der Gastwirth oder Schiffer nicht ohne alle Schuld, weil er solche Leute in Dienst nahm, welche die Sachen der Reisenden entwendeten oder beschädigten. §. 3. J. 4. 5. Ueberdieß haben die Haftenden

so kann auch daraus, daß sie einen Menschen, der durch seine Handlungsweise eine Erscheinung verursachte, deren Urheber im Allgemeinen der Verantwortung unterliegt, ohne besonderen Grund von aller Verantwortung frei sprechen, geschlossen werden, daß dieser Mensch nach gesetzlicher Ansicht die Erscheinung nicht hervorgebracht habe.

Man denke sich, daß ein Mensch einen anderen durch das Abschießen einer geladenen Flinte getödtet habe. Geht man dabei bloß von dem physicalischen Standpuncte aus, so wird das Urtheil auf jeden Fall dahin ausfallen, daß zwischen der Handlung des Abschießens und dem Tode Causalzusammenhang Statt finde.

Vor diesem Urtheile ist es gleichgültig, ob der Abschießende den Tod des Erschossenen gewollt hatte, oder ob dieses nicht der Fall gewesen war. Denn der physische Causalzusammenhang ist in beiden Fällen durchaus derselbe. Es macht auf diesem Standpuncte ebenfalls keinen Unterschied, ob der Abschießende das Gewehr selbst geladen hatte oder wenigstens mit der Ladung bekannt war, oder ob ein Anderer wider sein Wissen dieselbe hinein gethan hatte. Denn auch hierdurch kann der physische Causalzusammenhang in keiner Weise verändert werden. Es läßt sich zwar in diesem Falle sagen, daß nicht sowohl derjenige, der in der Meinung, die Flinte sei ungeladen,

---

bekanntlich Regreßansprüche gegen den, der die Beschädigung eigentlich zufügte. — Daß die Söhne der Hochverräther bestraft werden, weil von ihnen hereditarii criminis exempla zu befürchten seien, und auch die Töchter derselben, jedoch gelinder, weil dieselben pro infirmitate sexus nicht so gefährlich seien, l. 5. §. 1. 3. C. 9. 8. ist eine durch die Eigenthümlichkeit des Verbrechens hervorgerufene Singularität. Von einer anderen Singularität ist schon oben die Rede gewesen S. 258. in der Note a. E.

Digitized by Google

dieselbe abgedrückt hatte, als vielmehr derjenige, der sie geladen, den eingetretenen Tod veranlaßt habe. Allein obgleich es richtig ist, daß die Tödtung durch das bloße Abdrücken der ungeladenen Flinte nicht erfolgt sein würde, so bleibt es doch wahr, daß die bloße Ladung ohne das Abdrücken keinen Erfolg haben konnte, und daß also zwischen dieser Handlung und dem Erfolge wirklicher physischer Causalzusammenhang Statt findet. Man muß zwar in diesem Falle auch zwischen der Handlung des Ladens und dem eingetretenen Tode Causalzusammenhang annehmen, weil in dieser Handlung die Ursache liegt, daß das Abdrücken der Flinte jenen unglücklichen Erfolg hatte. Allein dadurch kann begreiflicher Weise jener in den Gesetzen der Natur liegende Causalzusammenhang nicht zu bestehen aufhören. Endlich ist es auf diesem Standpuncte gleichgültig, ob es dem Abschießenden bekannt war oder nicht bekannt war, daß sich ein Mensch in der Richtung seines Schusses befand, indem auch hierdurch für den physischen Causalzusammenhang kein Unterschied herbeigeführt werden kann. Zwar läßt sich auch in diesem, ähnlich wie in jenem Falle sagen, daß der Tod nicht eingetreten sein würde, wenn sich nicht der Getödtete in die Richtung des Schusses hinein begeben hätte. Allein dessen ungeachtet bleibt der physische Causalzusammenhang derselbe, da es für den Getödteten nur aus dem Grunde verhängnißvoll wurde, sich an einen bestimmten Ort zu begeben, weil ein Anderer in der Richtung desselben eine Ladung abfeuerte. Es mag sein, daß man den Getödteten dabei nicht von eigener Schuld freisprechen kann. Allein der physische Causalzusammenhang zwischen der Handlung des Abschießens und dem eingetretenen Tode wird dadurch nicht aufgehoben.

Digitized by Google

Wird sich aber von allen den Modificationen, unter welchen das eben angegebene Beispiel vorkommen kann, in gleicher Weise sagen lassen, daß der eingetretene Erfolg durch die Handlung des Abschießenden hervorgebracht worden sei? Nach dem oben angegebenen [1]) Begriffe der Handlung entschieden nicht, obgleich gewiß ist, daß der Tod ohne das Abschließen gar nicht eingetreten sein würde.

Denn die Handlung des Menschen bestehet, wie gezeigt worden ist, aus zwei Theilen, nämlich aus der Thätigkeit seiner physischen oder intellectuellen Kräfte, und aus der durch diese Thätigkeit veranlaßten Wirksamkeit anderer, außerhalb seiner liegenden Ursachen, durch welche eben die verbrecherische Erscheinung entstehet. Nur wenn in ihm selbst der Grund liegt, daß diese Ursachen in Wirksamkeit gesetzt werden, kann dieselbe als seine Handlung und die daraus entstandene Erscheinung als von ihm hervorgebracht angesehen werden. Die Beantwortung der Frage, ob zwischen der Handlung des Menschen und der eingetretenen Erscheinung Causalzusammenhang Statt finde, hängt daher davon ab, ob die Ursachen, durch welche dieselbe unmittelbar entstanden, durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt waren.

Offenbar aber kann nicht von allen Ursachen, welche nicht wirksam gewesen wären, wenn sich nicht ein Mensch in bestimmter Weise thuend oder unterlassend verhalten hätte, gesagt werden, sie seien durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt worden. Denn wenn in einem anderen, von dem Menschen unabhängigen Umstande die Ursache liegt, daß seine Thätigkeit gerade die Folge hatte, jene Ursachen in Bewegung zu setzen, so daß, wenn jener Um-

1) S. oben S. 215.

Digitized by Google

stand nicht da gewesen wäre, durch dieselbe Thätigkeit jene Ursachen nicht in Wirksamkeit gesetzt worden sein würden, so liegt eben nicht in seiner Thätigkeit, sondern in jenem Umstande die Ursache, daß dieselben in Bewegung gesetzt wurden. Man kann zwar in diesem Falle sagen, daß ohne die Thätigkeit des Menschen die Wirksamkeit jener Ursachen nicht Statt gefunden haben und die Erscheinung mithin nicht eingetreten sein würde; allein zur menschlichen Handlung kann diese Wirksamkeit nicht gerechnet und die Erscheinung nicht als von ihm hervorgebracht angesehen werden, wie denn auch in diesem Falle die Gesetze den Menschen, obgleich ohne seine Thätigkeit die Erscheinung nicht eingetreten sein würde, von aller Verantwortung wegen derselben frei sprechen. In dieser Beziehung mögen einige Entscheidungen römischer Juristen hier vorerst eine Stelle finden, in welchen der Causalzusammenhang, der juristisch allein als solcher angesehen werden kann, demjenigen gegenüber gesetzt wird, der nur vom rein physicalischen Standpuncte aus, oder etwa auch nach den Ansichten des gemeinen Lebens angenommen werden kann.

L. 30. §. 3. D. ad leg. Aquil. In hac actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae ejus causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpae reus est; nam et qui occasionem praestat damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quae oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Digitized by Google

L. 31. D. eod. Si putator ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si in publicum decidat nec ille proclamaverit, ut casus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, cum quod a diligenti provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non posset. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem; nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

L. 7. §. 2. D. eod. Sed si quis plus justo oneratus dejecerit onus, et servum occiderit, Aquilia locum habet; fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare. Nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait, lege Aquilia eum teneri, ita demum, si vel plus justo se oneraverit, vel negligentius per lubricum transierit.

L. 8. §. 1. D. eod. Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur, culpae nomine teneri. Idem dicitur, et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeratur, cum adfectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo veheba-

Digitized by Google

tur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

L. 9. §. 4. eod. Sed si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. Sed si, cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenetur.

L. 11. D. eod. Item Mela scribit; si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit, et sic servi, quem tonsor radebat, gula sit praecisa, in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam. Et sane, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est, quod ei imputetur; quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

In allen dieſen Fällen braucht derjenige, durch deſſen Thätigkeit der Schaden zunächſt veranlaßt war, nicht unbedingt zu haften, ſondern nur, wenn derſelbe ſeiner Schuld, culpa, zugeſchrieben werden konnte. Das Weſen der Schuld wird aber darein geſetzt, daß Jemand einen Schaden, wie in Folge ſeiner Thätigkeit entſtanden war, hätte vorher ſehen können, ſowie umgekehrt derjenige von Schuld frei geſprochen wird, der nicht errathen konnte, daß derſelbe aus ſeiner Thätigkeit hervorgehen würde [1]). Wenn

1) L. 31. D. cit. ... culpam autem esse, cum quod a diligenti provideri poterit, non esset provisum; l. 8. §. cit. ..

Digitized by Google

aber nach der Ansicht der Gesetze angenommen wird, der Schaden sei nicht durch die Schuld eines Menschen entstanden, so werden für ihn gar keine rechtlichen Folgen dadurch begründet, sondern der Schaden erscheint, wenigstens in Beziehung auf ihn, als ein Zufall, für welchen er in keiner Weise in Anspruch genommen werden kann [1]). Und hieraus folgt, daß nach der Ansicht der Gesetze in diesem Falle angenommen wird, der Schaden sei nicht durch seine Handlung hervorgebracht worden, wenn er gleich vielleicht ohne seine Thätigkeit nicht eingetreten sein würde; oder mit anderen Worten, es finde in juristischer Hinsicht kein Causalzusammenhang Statt zwischen seiner Handlung und der eingetretenen Erscheinung [2]).

---

nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeratur, cum adfectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. — L. 31. cit. nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

1) Eine scheinbare Ausnahme davon machen die Gesetze bei der noxa und pauperies, indem der Herr von Sclaven oder Thieren, welche ohne seine Schuld Schaden anrichteten, darauf belangt werden kann, entweder dieselben dem Beschädigten zu überlassen, oder den Schaden zu ersetzen. L. 1. D. 9. 1. l. 2. D. 9. 4. Aber gerade daraus, daß der Herr nicht unbedingt auf Ersatz des Schadens belangt werden kann, sondern nur, wenn er es nicht vorziehet, den Sclaven oder das Thier dem Beschädigten zu überlassen, gehet hervor, daß er, weil er ohne Schuld ist, für den Schaden eigentlich gar nicht haftet. Derselbe ist vielmehr ein Zufall, der den Herrn, als Eigenthümer des beschädigenden Sclaven oder Thieres, trifft, und deßwegen auch nicht über den Werth des Eigenthumes hinausgehen, und folglich höchstens Verlust desselben nach sich ziehen kann.

2) S. oben S. 288.

Digitized by Google

Da aber die eingetretene Erscheinung nicht eingetreten sein konnte, ohne daß die Ursachen in Bewegung oder Wirksamkeit gesetzt waren, aus welchen sie unmittelbar als Folge hervorging, und da sie umgekehrt immer eintreten mußte, sowie diese Ursachen in Wirksamkeit gesetzt waren, so wird das Urtheil über die Schuld eines Menschen in Beziehung auf eine eingetretene Erscheinung und mithin über den Causalzusammenhang zwischen dieser und seiner Handlung immer davon abhängig sein, ob er hätte vorhersehen oder ahnen können, daß er durch seine Thätigkeit die Ursachen, aus welchen die Erscheinung als Folge hervorgehen mußte, in Bewegung oder Wirksamkeit setzen würde.

Die Frage, wann ein Mensch im Stande gewesen, dieses vorher zu sehen, läßt sich zu ihrem einen Theile mit Leichtigkeit und Sicherheit beantworten. So oft er es nämlich wirklich vorher gesehen hat, ist er es auch im Stande gewesen, da kein bündigerer Schluß, als vom Sein auf das Können, gezogen werden kann [1]). Allein schwieriger wird die Antwort auf diese Frage in dem Falle, da er es nicht wirklich vorher gesehen hatte.

Daß Jemand durch seine Thätigkeit gewisse Kräfte in Wirksamkeit gesetzt und dieses nicht vorher gesehen hatte, setzt voraus, daß er sich in einem factischen Irrthume befunden. Denn es ist Nichts, als ein factum, oder eine Thatsache, daß durch seine Thätigkeit die Ursachen, aus welchen die Erscheinung als Folge hervorgehen mußte, in Wirksamkeit gesetzt wurden. Ignorantia und error facti

---

1) L. 31. cit. .. quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem. L. 9. §. 4. cit. .. qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenetur.

Digitized by Google

liegt also immer zu Grunde, wenn Jemand die Erscheinung, die in Folge seiner Thätigkeit entstanden war, nicht vorher gesehen hatte. Allein sie befreit ihn nicht immer von der Verantwortung, sondern nur, wenn ihm nicht zugemuthet werden konnte, daß er überhaupt daran gedacht habe, daß die Ursachen, aus welchen die Erscheinung hervorgegangen, durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt werden könnten. Denn nur das kann darunter gemeint sein, wenn die römischen Juristen sagen, daß derjenige nicht von Schuld frei sei, der hätte ahnen oder vorher sehen können, oder der hätte einsehen müssen, daß er einen Schaden hervorbringen werde.

Das allgemeine Princip, nach welchem zu beurtheilen ist, ob Jemand dieses hätte vorher sehen können, oder einsehen müssen, muß in dem Folgenden noch begründet werden. Zuvor aber mag hier eine Bemerkung eingeschaltet werden über die unrichtige Stellung, welche in dem Systeme unserer Lehrbücher der Lehre von ignorantia und error facti gegeben zu werden pflegt.

Aus dem Bisherigen geht nämlich hervor, daß gar kein Causalzusammenhang angenommen werden könne zwischen der menschlichen Handlung und der eingetretenen Erscheinung, wenn Jemand dieselbe zwar durch seine Thätigkeit veranlaßt, sich aber dabei in der Art über Thatsachen in Irrthum oder Unwissenheit befunden habe, daß ihm eine bessere Kenntniß derselben nicht zugemuthet werden konnte. Denn in diesem Falle ist die Erscheinung, wenigstens in Beziehung auf seine Thätigkeit als Ursache gedacht, als eine zufällige zu betrachten, welche gar keine rechtlichen Folgen für ihn begründet. Und zu welchem Zwecke wollte man von einem Causalzusammenhange sprechen, wenn demselben gar keine rechtliche Bedeutung bei-

Digitized by Google

gelegt werden könnte [1]). Die Lehre von ignorantia und error facti hat daher ihre richtige Stelle bei der Lehre von dem Causalzusammenhange, da eben der Mangel von Irrthum und Unwissenheit solcher Art, daß der Causalzusammenhang dadurch aufgehoben würde, die nothwendige Bedingung und Grundlage von diesem bildet.

Von den Rechtslehrern wird aber die Lehre von ignorantia und error facti in anderem Zusammenhange erörtert, was in mehrfacher Beziehung nicht ohne nachtheilige Folgen gewesen ist. Allgemein nämlich bringen sie dieselbe in Verbindung mit der Lehre von der Zurechnung, indem sie den unverschuldeten oder entschuldbaren Irrthum, der in Beziehung auf thatsächliche Umstände Statt finde, unter den Gründen der Zurechnungslosigkeit aufführen, durch welche die Zurechnung aufgehoben werde [2]). Es ist aber schon oben gezeigt worden, daß ein Zustand, der die Zurechnung und die Strafbarkeit nur unter der Voraussetzung aufhebt, daß der Mensch sich ohne sein Verschulden in demselben befunden, auf keinen Fall unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit oder der Zurechnungslosigkeit gerechnet werden könne [3]). Denn man würde alsdann zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit zu unterscheiden haben, und, wenn man nur dieser Strafloſigkeit angedeihen lassen wollte, zu dem absolut unhaltbaren Resultate gelangen, daß die Strafe auch über einen Unzurechnungsfähigen zu verhängen sei. Folglich können Unwissenheit und Irrthum über Thatsachen gar nicht unter die Zustände

1) S. oben S. 288.

2) Martin, §. 40. nr. II. Feuerbach, §. 90. nr. VI. Wächter, §. 73. Heffter, §. 56. Abegg, §. 89. S. 145.

3) S. oben S. 210.

Digitized by Google

der Zurechnungsunfähigkeit gehören, da sie eben nur, wenn sie unverschuldet und entschuldbar sind, von der Strafe befreien. Es ist aber klar, was freilich weiter auszuführen nicht in dem Plane dieser Abhandlung liegt, daß diese Verbindung der ignorantia und des error facti mit der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit für die richtige Anschauung von dieser nicht von gutem Einflusse sein konnte. Denn es ist bei dieser Verbindung zwar consequent, aber in der That unrichtig, den Gegensatz von ignorantia und error facti für Bedingung der Zurechnungsfähigkeit zu halten.

Außerdem bringen die Rechtslehrer die Lehre von ignorantia und error facti in Verbindung mit der Lehre von der Criminalculpa, welche darin bestehe, daß Jemand einen gesetzwidrigen Erfolg hervorbringe, der zwar nicht in seiner Absicht gelegen, aber doch von ihm wenigstens als nicht unwahrscheinlich hätte vorausgesehen werden können [1]). Denn darnach geschiehet es allerdings aus ignorantia und error facti, daß Jemand culpos einen gesetzwidrigen Erfolg hervorbrachte, so oft er nämlich denselben nicht wirklich vorausgesehen hatte. Dabei ist zwar so viel richtig, daß sich Jemand einer Criminalculpa nicht schuldig machen kann, der gar nicht im Stande gewesen, sich des Causalzusammenhanges zwischen seiner Handlung und der eingetretenen Erscheinung bewußt zu werden, weil es eben alsdann juristisch an allem Causalzusammenhange mangelt; allein unrichtig ist es, was von unseren Criminalisten häufig gelehrt wird [2]), daß immer Criminalculpa angenommen

1) Martin, §. 35. nr. IV. Feuerbach, §. 58. Hefftter, §. 70 und 71. Abegg, §. 85, in der Note.

2) Vergl. die aus den Lehrbüchern eben angeführten §§.

Digitized by Google

werden müsse, wo in juristischer Hinsicht Causalzusammenhang angenommen werden muß, oder mit anderen Worten, daß jeder Erfolg durch Criminalculpa hervorgebracht sei, dessen Eintreten von dem Handelnden hätte vorher gesehen werden können, und für welchen er deßwegen zwar der Verantwortung, aber nur der privatrechtlichen, unterliegt. Zu diesem, unserem positiven Rechte entschieden widersprechenden Resultate, daß nämlich Criminalverantwortlichkeit und privatrechtliche Verantwortlichkeit zusammenfallen, oder daß wenigstens die Gränzen von beiden nicht genau geschieden seien, konnte aber nur die unstatthafte Verbindung der Lehre von ignorantia und error facti mit der Lehre von der Criminalculpa verleiten [1]). Ob vielmehr Unwissenheit und Irrthum über Thatsachen entschuldigt werden können, oder nicht, hat zunächst und unmittelbar nur die Bedeutung, daß das Dasein oder Nichtdasein des Causalzusammenhanges darnach beurtheilt wird, ein Urtheil, welches alsdann allerdings auch von Einfluß wird für die Criminalculpa, aber nur mittelbar, in sofern nämlich Jemand einen Erfolg, den er überhaupt nicht hervorgebracht, auch nicht durch Criminalculpa hervorgebracht haben kann. Dagegen gehört, wie sich weiter unten zeigen wird, zur Criminalculpa auch ein gewisses

---

1) Die weitere Ausführung kann erst weiter unten, im dritten Capitel, erfolgen, in welchem besonders von der Criminalculpa die Rede sein wird. Um nur hier ein Beispiel zu geben, so haftet privatrechtlich ohne Zweifel wegen Tödtung, wer eine nur individuell tödtliche, an und für sich ganz leichte Wunde beibringt, quia aliud alii mortiferum esse solet. l. 7. §. 5. D. 9. 2. Criminalrechtlich haftet er dagegen nicht, wenn ihm nicht die individuelle Körperbeschaffenheit des Verletzten bekannt war. Martin, §. 48. nr. II. Stübel, über den Thatbestand §. 78.

Digitized by Google

Wissen, dessen Mangel dieselbe aufhebt und ausschließt. Aber bei diesem Nichtwissen kommt schlechterdings Nichts darauf an, ob es unverschuldet war oder nicht, indem es jedes Falles das Wissen aufhebt, welches zu dem Begriffe jeder Criminalculpa erforderlich ist [1]).

Was nun das gesuchte allgemeine Princip betrifft, nach welchem beurtheilt werden muß, ob Jemand hätte vorhersehen müssen, daß er einen gewissen Erfolg hervorbringen werde, oder mit anderen Worten, ob in juristischer

---

1) Um nur hier einstweilen anzudeuten, was erst unten im dritten Capitel bewiesen werden kann, so bestehet das Wissen, welches zur Criminalculpa erforderlich ist, darin, daß Jemand gewußt habe, er befinde sich bei der Handlung, welche er unternahm, in ignorantia und error facti, d. h. in Ansehung der Folgen, zu welchen die Handlung geführt hatte. Dieses Bewußtsein ist das Wesen und der Grund der Criminalculpa, welche sich dadurch von der Civilculpa, die nur privatrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehet, sehr genau unterscheidet. Denn es kann sehr gut kommen, daß Jemand aus Unwissenheit und Irrthum über Thatsachen einen Erfolg hervorbrachte, der bei der gehörigen Sorgfalt und Aufmerksamkeit von ihm hätte vermieden werden können, ohne daß er sich bewußt war, daß er sich in Hinsicht des Erfolges seiner Handlung in Irrthum und Unwissenheit befinde. Und hierdurch wird, obgleich seine privatrechtliche Verantwortlichkeit keinem Zweifel unterliegt, seine Criminalculpa immer aufgehoben, ohne Unterschied, ob er bei angewandter Sorgfalt und Aufmerksamkeit dieses Bewußtsein hätte haben können oder nicht. In derselben Weise kommt es ja auch bei der Unwissenheit, durch welche der Dolus aufgehoben wird, nicht darauf an, ob dieselbe hätte vermieden werden können, oder nicht. Wer mit einer verheiratheten Person concumbirt, von der er nicht wußte, daß sie Ehefrau war, begeht keinen Ehebruch, obgleich sein Irrthum schwerlich für einen unüberwindlichen und entschuldbaren angesehen werden kann.

Digitized by Google

Hinsicht Causalzusammenhang Statt finde zwischen diesem Erfolge und seiner Handlung, so beschränken sich die Rechtslehrer gewöhnlich auf die Bemerkung, daß der Irrthum bloß alsdann die Zurechnung der in demselben begangenen Handlungen ausschließe, wenn er bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche rechtlich von einem Jeden gefordert werden könne, nicht hätte vermieden werden können [1]), oder wenn er durch Anwendung des schuldigen Fleißes nicht zu besiegen [2]), oder wenn er unüberwindlich gewesen [3]). Damit ist ungefähr dasselbe gesagt, was von den römischen Juristen mehrfach über die Entschuldbarkeit des factischen Irrthumes ausgesprochen wird; z. B.

L. 3. §. 1. D. de jur. et facti ignor. 22. 6. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis.

L. 6. D. eod. Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.

L. 9. §. 4. D. eod. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam; verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.

---

1) Hefftter, §. 56.
2) Martin, §. 40.
3) Feuerbach, §. 90.

Digitized by Google

Es ist aber unverkennbar, daß mit diesen allgemeinen Bestimmungen wenig für dieses allgemeine Princip gewonnen ist. Denn welcher Grad der Sorgfalt kann rechtlich von einem jeden verlangt werden, oder bis zu welchem Grade kann von einer Rechtspflicht zur Anwendung von Fleiß oder Beflissenheit die Rede sein? Wenn Feuerbach sagt, die Pflicht zur Beflissenheit sei überall nur auf die Beobachtung mäßiger Sorgfalt beschränkt [1]), so wird auch dadurch keine größere Bestimmtheit gewonnen, da der Begriff von mäßig in hohem Grade schwankend und unsicher ist. Wo aber zwischen nimia securitas oder negligentia crassa und zwischen delatoria curiositas die Mitte liege, welche die römischen Juristen als den Grad des Fleißes bezeichnen, der von einem Jeden verlangt werden könne, möchte ebenfalls schwer zu bestimmen sein.

In der That aber ist die ignorantia facti, von welcher die römischen Juristen in den angeführten Stellen sprechen, gar nicht diejenige, auf welche es hier ankommt. Denn sie besprechen in denselben die ignorantia facti nur in Hinsicht ihres Einflusses auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, auf den durch dieselben zu begründenden Erwerb und Verlust von Rechten, wenn es sich um ein damnum emergens oder lucrum cessans handelt, das Jemanden in Folge seines factischen Irrthumes treffen soll [2]).

---

1) Lehrbuch, §. 58.

2) L. 9. pr. D. 22. 6. Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero non nocere. Alle einzelnen Fragmente in dem Titel de juris et facti ignorantia in den Pandecten und dem Codex sprechen von Irrthum und Unwissenheit bloß in der erwähnten Beziehung.

Digitized by Google

Und nur für diese Beziehung ist von ihnen die allgemeine Regel aufgestellt worden, daß Unwissenheit über Thatsachen nicht schade, wenn dieselbe nicht auf unverzeihlicher und grober Nachlässigkeit beruhet habe. Allein im Strafrechte ist von dieser Beziehung begreiflicher Weise gar nicht die Rede, und deßwegen hätten von unseren Criminalisten die nur hierauf berechneten Grundsätze des römischen Rechtes nicht ohne Weiteres auf das Strafrecht bezogen werden sollen. Daher scheint denn auch mitunter zu anderen Lehren des Strafrechtes nicht recht zu stimmen, was von ihnen über Unwissenheit und Irrthum in Thatsachen vorgetragen wird. Denn wenn Unwissenheit und Irrthum es unmöglich machen, daß Jemand die in dem Begriffe des Verbrechens liegende verbrecherische Willensbestimmung gehabt habe, so ist klar, daß gar Nichts darauf ankommen kann, ob dem Handelnden besseres Wissen möglich gewesen, oder nicht. Sollte ihm auch eine grobe Nachlässigkeit dabei zur Last fallen, so bleibt es doch wahr, daß er wegen seiner Unwissenheit nicht den bestimmten verbrecherischen Willen gehabt haben kann [1]).

In Ansehung des dolus wird hier Niemand das geringste Bedenken tragen. Aber auch zu der Criminalculpa gehört ein gewisses Wissen, welches durch Irrthum und Unwissenheit ausgeschlossen wird. Und auch hier kann Nichts darauf ankommen, ob der Handelnde bei einiger Aufmerksamkeit dieses Wissen hätte haben können, oder

---

1) Wenn Jemand seine eigene Sache hinweg tragen will und aus Irrthum eine fremde ergreift, so hätte derselbe zuverlässig bei einiger Aufmerksamkeit in den meisten Fällen vermieden werden können. Aber dessenungeachtet ist in jedem Falle der Begriff des Diebstahls ausgeschlossen.

Digitized by Google

nicht, wenn er es nur wirklich nicht gehabt hat [1]). In keinem Falle paßt daher die Lehre von ignorantia und error facti, wie sie in unseren Lehrbüchern steht, zu den Grundsätzen, nach welchen über Dasein oder Nichtdasein von dolus oder Criminalculpa entschieden werden muß.

Auf der anderen Seite stimmt aber das, was unsere Rechtslehrer über Entschuldbarkeit des Irrthums und der Unwissenheit vortragen, auch nicht zu den in unserem positiven Rechte anerkannten Grundsätzen, nach welchen der Causalzusammenhang zwischen einer eingetretenen Erscheinung und der menschlichen Handlung beurtheilt werden muß. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Jemand nach den Bestimmungen des römischen Rechtes noch haften muß für einen Erfolg, den er hervorgebracht, auch wenn er sich dabei in einem Irrthume befunden haben sollte, der bei Anwendung mäßiger Sorgfalt nicht zu vermeiden gewesen wäre. In dieser Beziehung ist eine schon vorhin berührte [2]) Entscheidung Ulpians vorzüglich beweisend:

L. 7. §. 5. D. ad leg. Aquil. Sed si quis servum aegrotum leviter percusserit, et is obierit, recte Labeo dicit, lege Aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet.

Denn hier liegt unter der von Ulpian keines Weges ausgeschlossenen Voraussetzung, daß dem Schlagenden die ungewöhnliche Körperbeschaffenheit des Erschlagenen unbekannt war, ein gesetzwidriger Erfolg vor, der mit der Handlung in so entferntem und ungewöhnlichem Zusammenhange stand, daß er nicht erwartet werden konnte [3]).

---

1) S. oben S. 301. Note 1.
2) S. oben S. 300. Note 1.
3) Feuerbach, §. 58.

Digitized by Google

Nichtsdestoweniger läßt sich von diesem Erfolge nicht sagen, daß er dem Zufalle angehöre, oder daß dem Schlagenden sein Irrthum, in welchem er sich über den Gesundheitszustand des Erschlagenen befunden, nicht zum Schaden gereiche. Denn nach der Entscheidung von Ulpian und Labeo muß er privatrechtlich für die Tödtung haften, was nicht der Fall sein könnte, wenn nach der Ansicht des römischen Rechtes zwischen seiner Handlung und dem eingetretenen Erfolge kein Causalzusammenhang Statt fände.

Die angegebene Entscheidung steht aber keines Weges vereinzelt da, sondern ist nur die Anwendung eines allgemeineren Principes auf einen einzelnen Fall. Dieses allgemeine Princip selbst findet sich ausgesprochen in folgender von Pomponius herrührenden Stelle:

L. 36. D. de reg. jur. „Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti“,

wonach Jemand, der einen Schaden zufügt, indem er sich unberufener Weise einmengt in eine ihm nicht gehörige Sache, unbedingt für denselben haften muß, ohne daß etwas darauf ankäme, ob dieser Schaden mit seiner Handlung in so nahem Zusammenhange stand, daß er von ihm hätte vorhergesehen werden können. Der Irrthum, in welchem er sich dabei befindet, ist zuverlässig in vielen der Fälle, die unter das eben mitgetheilte allgemeine Princip subsumirt werden können, von der Art, daß ein besseres und richtiges Wissen über das Eintreten oder Nichteintreten des verursachten Erfolges kaum für möglich gehalten werden kann [1]). Der Irrthum würde also in sofern zu dem ent-

1) Ein Beispiel in der l. 7. cit.; ein anderes Beispiel kann man sich bilden, wenn man den Fall der l. 11. cit. ein wenig verändert; wenn der Ballspieler seinen Ball durch das Fenster ei-

Digitized by Google

schuldbaren gehören, aus welchem für den Irrenden kein Nachtheil hervorgehen könnte. Nichtsdestoweniger verpflichten ihn die Gesetze zum Ersatze des Schadens, den er in diesem Irrthume angerichtet. Das könnte aber nicht geschehen sein, wenn nicht zwischen dem Schaden selbst und der Handlung des Irrenden Causalzusammenhang von ihnen angenommen würde [1]).

---

ner Barbierstube treibt und dadurch bewirkt, daß Jemandem die Kehle abgeschnitten wird, haftet er sicherlich privatrechtlich wegen Tödtung, obgleich dieser Erfolg, zumal wenn er nicht wußte, daß in der Nähe eine Barbierstube war, nicht von ihm vorausgesehen werden konnte. Man denke sich, es entwendet Jemand ein Behälter, welches in einem verborgenen Fache sehr kostbare Dinge enthielt und läßt dasselbe auf offenem Felde stehen, nachdem er es seiner Meinung nach vollständig ausgeleert hat; natürlicher Weise haftet er auch wegen der Kostbarkeiten. Oder es bringt Jemand, indem er in fremden Sachen herum räumt, chemische Stoffe zusammen, die sich durch ihre Vereinigung entzünden und eine Feuersbrunst veranlassen; auch hier kann seine Haftverbindlichkeit keinem Zweifel unterliegen.

1) Zwar ist es eine in sich selbst ungerechte Handlung, sich unberufener Weise in die Sache eines Anderen zu mengen. Allein dieses Unrecht kann nicht der Grund sein, auf welchem die Haftpflicht und der Causalzusammenhang beruht. Denn dasselbe ist etwas für sich Bestehendes; es würde vorhanden gewesen sein, wenn auch der Schaden nicht eingetreten wäre, und kann durch denselben keinen anderen Character erhalten. Es braucht freilich Niemand für einen Schaden zu haften, den er nicht ungerechter Weise hervorgebracht hat, und in sofern setzet ein Schaden, für welchen Jemand haften soll, immer eine ungerechte Handlung voraus. Dieses Unrecht aber, welches eben darin besteht, daß zwischen Jemandes Thätigkeit und dem eingetretenen Schaden Causalzusammenhang Statt findet, ist ein ganz anderes, als jenes durch das bloße Einmischen in eine fremde Sache begründete Unrecht. Denn es wird bestimmt durch den Schaden, der

Aus dieser Entwickelung geht hervor, daß es für die Beurtheilung des Causalzusammenhanges zwischen der eingetretenen Erscheinung und der menschlichen Handlung nicht darauf ankommen kann, ob derselbe ein so naher gewesen, daß die Erscheinung von dem Handelnden hätte erwartet werden können. Dennoch sagen die römischen Juristen, die culpa bestehe darin, einen durch seine Thätigkeit hervorgebrachten Schaden nicht vorhergesehen zu haben, der von einem Fleißigen habe vorhergesehen werden können [1]). Daraus folgt aber, daß das Urtheil darüber, ob ein verursachter Schaden von einem Fleißigen habe vorhergesehen werden können, nicht von der größeren oder geringeren Nähe oder Entfernung des Causalzusammenhanges abhängig sein kann.

Was kann es aber heißen, nicht vorhergesehen zu haben, was von einem Fleißigen hätte vorhergesehen werden können? Offenbar kann damit nicht gemeint sein, sich in einem solchen Irrthume befunden zu haben, in welchem ein Fleißiger sich gar nicht befunden haben würde. Denn außerdem könnte in unseren Gesetzen nicht angenommen sein, daß auch solche Ereignisse, deren Eintreten wegen ihrer Seltenheit und Unwahrscheinlichkeit nicht erwartet werden konnte, von einem Fleißigen hätten vorhergesehen werden können. Wie könnte man auch einem Menschen einen Vorwurf daraus machen, daß er etwas nicht vorhergesehen hat. In der That wäre es eine seltsame Anforderung, wenn man eine Zwangspflicht für jeden Menschen daraus machen wollte, soviel vorherzusehen, als ein Fleißiger vorherzu-

---

hervorgebracht worden und ist ein verschiedenes Unrecht, je nachdem dieser oder jener Schaden daraus entstanden.

1) S. oben S. 294. Note 1.

Digitized by Google

sehen im Stande ist. Denn das Vorhersehen ist zum Theil ganz unabhängig von dem Willen oder der Willkür des Menschen, da es gar nicht lediglich Sache der Aufmerksamkeit und des Fleißes ist, sondern auch Sache der Reflexion und des Verstandes, den Gott nicht allen Menschen in gleichem Maße verliehen hat. Auch hat ja kein Mensch ein Zwangsrecht, daß der Andere den Schaden vorhersehe, den er ihm zufügen könne, sondern nur darauf, daß ihm von demselben weder vorhergesehener, noch unvorhergesehener Schaden zugefügt werde. Und das ist es, wodurch sich ein Fleißiger von einem unfleißigen und sorglosen Menschen unterscheidet, daß nämlich jener keine Handlungen vornimmt, aus welchen wider seinen Willen und sein Wissen nachtheilige Erfolge für Andere hervorgehen. Den bestimmten Schaden vorherzusehen, der aus einer Handlung entstehen kann, ist oft dem fleißigsten und umsichtigsten Menschen nicht möglich; aber derselbe enthält sich deßwegen aller Handlungen, von welchen er nicht weiß, daß kein Schaden für einen Anderen daraus hervorgehen werde. Und eben, wenn der Mensch nicht vorhersehen konnte, daß aus seiner Handlung kein Schaden hervorgehen würde, läßt sich von ihm sagen, daß er das Eintreten desselben hätte vorhersehen können. Daß er dieses nicht vorhergesehen hatte, ist nicht der Grund, aus welchem er der Verantwortung unterliegt, sondern daß er die Handlung vorgenommen hatte, ungeachtet er das Nichteintreten des Schadens nicht vorhergesehen hatte. Er befindet sich dabei in Beziehung auf den hervorgebrachten Erfolg in ignorantia und error facti; aber nicht dieser Irrthum, sondern das Handeln in demselben ist seine Schuld, wegen welcher er verantwortlich wird. Deßwegen kann auch gar Nichts darauf ankommen, ob dieser Irrthum ein unüberwindlicher ge-

Digitized by Google

wesen oder nicht, oder mit anderen Worten, ob dem Handelnden in Beziehung auf das Eintreten des hervorgebrachten Erfolges besseres Wissen möglich gewesen wäre, oder nicht; denn in jedem Falle, mag der Irrthum vermeidlich oder unvermeidlich gewesen sein, hat der Handelnde dabei nicht gewußt, daß er den hervorgebrachten Schaden nicht hervorbringen werde. Dieses Nichtwissen aber, dessen Dasein durch das Eintreten des wider Wissen hervorgebrachten Erfolges bewiesen wird, ist in jedem Falle dasselbe, mag auch die Wahrscheinlichkeit, mit welcher der eingetretene Erfolg selbst erwartet werden konnte, noch so nahe oder noch so entfernt gewesen sein. Daher haben die römischen Juristen vollkommen Recht, daß sie auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, mit welcher der eingetretene Erfolg vorhergesehen werden konnte, kein Gewicht legen, sondern der culpa eines Menschen jeden Erfolg zuschreiben, der durch eine Handlung hervorgebracht worden, von welcher er nicht wußte, daß er aus derselben nicht hervorgehen werde [1]). Denn nicht durch dieses Nichtwissen für sich allein, sondern durch das Handeln in demselben wird seine Schuld begründet, und nur, weil und in sofern er in demselben gehandelt hatte, kann ihm sein Nichtwissen nicht zur Entschuldigung gereichen [2]).

---

1) Es ist natürlich hier nicht die Rede von der Criminalculpa, sondern nur von der Civilculpa, ohne welche es überhaupt in juristischer Hinsicht keinen Causalzusammenhang giebt. S. oben S. 301. Note 1.

2) Daher bedienen sich die römischen Juristen auch nicht des Ausdruckes ignorantia und error facti, wenn sie von einem wider Wissen und Willen hervorgebrachten Schaden sprechen, obgleich das nicht anders, als aus Irrthum und Unwissenheit geschehen sein kann. Denn man soll eben gar keine Handlungen

Digitized by Google

In dem Bisherigen liegt aber die Antwort auf die oben aufgeworfenen Fragen [1]), wann in juristischer Hinsicht Causalzusammenhang Statt finde zwischen der menschlichen Handlung und der eingetretenen Erscheinung, oder wann angenommen werden müsse, daß der Mensch durch seine Handlung die Erscheinung hervorgebracht habe, so daß für ihn rechtliche Folgen daraus entstehen müssen. Dieser Causalzusammenhang ist immer begründet, so oft der Mensch wirklich vorhersah, daß er die Erscheinung durch seine Handlung hervorbringen werde, oder so oft er nicht vorhersah, daß er dieselbe nicht hervorbringen werde. Ist die Erscheinung eine widerrechtliche, oder eine solche, welche überhaupt nicht hervorgebracht werden soll, so ist ebendeßwegen in beiden Fällen die Handlung eine schuldhafte oder culpose, und der Handelnde der Verantwortung für dieselbe unterworfen [2]). Die Verantwortung selbst ist aber verschie-

---

begehen, von welchen man nicht weiß, daß kein Schaden daraus hervorgehen werde, und daß man dieses nicht gewußt habe, wird durch den eingetretenen Schaden selbst bewiesen. Daß aber in der That dem wider Wissen und Willen hervorgebrachten Schaden Irrthum und Unwissenheit über Thatsachen zu Grunde liege, konnte den römischen Juristen natürlich nicht entgehen, wie sie denn auch ausdrücklich sagen, ein solcher Schaden sei nicht vorhergesehen worden, hätte aber vorhergesehen werden können oder sollen. Nur kann bei Beantwortung der Frage, was hätte vorhergesehen werden können oder sollen, von den in den Titeln de juris et facti ignorantia ausgesprochenen Grundsätzen kein Gebrauch gemacht werden. S. oben S. 303.

1) S. oben S. 262.

2) Unter culpa in der weiteren Bedeutung begreifen die Römer auch den dolus, während im engeren Sinne die culpa dem dolus gegenüber gesetzt wird. L. 9. §. 3. D. 4. 4. l. 5. §. 1. D. 9. 2. l. 15. D. 43. 16.

Digitized by Google

den, entweder nur privatrechtlich, wenn es sich um bloße Privatgenugthuung handelt, welche dem verletzten Einzelnen zu entrichten ist, oder criminalrechtlich, wenn der Handelnde wegen der hervorgebrachten Erscheinung zur Strafe gezogen werden soll. Die Criminalverantwortlichkeit beruht zwar noch auf ihren besonderen Voraussetzungen [1]) und ist keines Weges ohne Weiteres begründet, wo die privatrechtliche Verantwortlichkeit Statt findet. Aber umgekehrt kann von Criminalverantwortlichkeit keine Rede sein, wo, unter der Voraussetzung, daß ein wirklicher materialer Schaden vorliegt, nicht ein Mal privatrechtliche Verantwortlichkeit angenommen werden darf. Daher bildet der Causalzusammenhang, ohne welchen es keine privatrechtliche Verantwortlichkeit giebt, auch die nothwendige Grundlage für die Criminalverantwortlichkeit, obgleich die Schuld, welche auf dem Causalzusammenhange beruht, keines Weges hinreicht, die Criminalverantwortlichkeit zu begründen.

In diesen Sätzen liegt aber auch die Antwort auf die Frage, wann der Mensch im Stande gewesen ist, einen Erfolg vorherzusehen, den er in der That nicht vorhergesehen hatte, oder mit anderen Worten, wann er sich nicht, um die Verantwortung für diesen Erfolg von sich abzulehnen, darauf berufen kann, daß er denselben aus Irrthum oder Unwissenheit hervorgebracht habe. Denn die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit seines Irrthumes fällt zusammen mit dem Dasein oder Nichtdasein des Causalzusammenhanges zwischen dem eingetretenen Erfolge und

---

1) Auf der verbrecherischen Willensbestimmung, mit welcher die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht worden.

Digitized by Google

der Handlung des Menschen, da bei entschuldbarem Irrthume keine Verantwortlichkeit Statt findet und folglich auch in juristischer Hinsicht kein Causalzusammenhang angenommen werden kann [1]).

Wenn aber, wie gezeigt worden ist, Causalzusammenhang auch noch in dem Falle Statt findet, da der Mensch einen Erfolg hervorgebracht hat, von welchem er nicht vorhergesehen hatte, daß er ihn nicht hervorbringen werde, so bestimmt sich auch von selbst die Gränze der Entschuldbarkeit des factischen Irrthumes. In sofern sein Irrthum darin besteht, daß er nicht vorhergesehen hat, der wider sein Wissen und seinen Willen eingetretene Erfolg werde aus seiner Handlung nicht hervorgehen, wird derselbe nicht entschuldigt, da er nur solche Handlungen vornehmen soll, von welchen er vorhersieht, daß kein rechtswidriger Erfolg aus denselben hervorgehen werde. Jeder rechtswidrige Erfolg aber, der wider sein Wissen und wider seinen Willen aus seiner Handlung entstehet, ist ein Beweis, daß er dieses nicht vorhergesehen hatte. Daraus geht aber als nothwendige Folge hervor, daß es überhaupt gar nicht vorkommen könne, daß ein Mensch wider Wissen und Willen einen rechtswidrigen Erfolg hervorbringe, und daneben zu behaupten vermöge, vorhergesehen zu haben, daß dieser Erfolg aus der Handlung nicht hervorgehen werde. Denn diese Behauptung würde sogleich durch den eingetretenen Erfolg selbst widerlegt werden, und ebendeßwegen, weil er das Nichteintreten des Erfolges nicht vorhergesehen hatte, hätte das Eintreten desselben von ihm vorhergesehen oder errathen werden sollen.

---

1) S. oben S. 289.

Digitized by Google

Also kann sich der Mensch gar nicht auf factischen Irrthum berufen, um die Verantwortlichkeit für einen wirklich von ihm hervorgebrachten Erfolg von sich abzulehnen. Dennoch sprechen die römischen Juristen davon, daß keine Schuld vorhanden sei, wenn der eingetretene Erfolg auch von einem Fleißigen nicht hätte vorhergesehen oder errathen werden können. Aber ein Fleißiger hätte einen rechtswidrigen Erfolg gar nicht wider Wissen und Willen hervorgebracht, da er gar keine Handlung unternommen haben würde, von welcher er nicht wußte, daß kein rechtswidriger Erfolg aus derselben hervorgehen werde. Daraus folgt, daß unter dem Erfolge, welcher auch von einem Fleißigen nicht hätte vorhergesehen werden können, nicht derjenige gemeint sein kann, welcher als Folge aus der Handlung als Ursache hergeleitet werden könnte. Aber auf der anderen Seite könnte von der Schuld oder Nichtschuld eines Menschen in Beziehung auf einen eingetretenen Erfolg gar nicht die Rede sein, wenn derselbe mit seinem Handeln in gar keinem Zusammenhange stände, oder nicht in Folge desselben eingetreten wäre. Folglich muß der wider Wissen und Willen eingetretene Erfolg, welcher der Schuld des Handelnden nicht zugeschrieben wird, weil er auch von einem Fleißigen hätte hervorgebracht werden können, in der Art entstanden sein, daß er zwar in Folge, aber nicht als Folge der Handlung zur Entstehung gekommen war. Mit anderen Worten, das Verhältniß des Handelnden zu diesem Erfolge muß von der Art sein, daß dieser zwar ohne die Handlung nicht zur Entstehung gekommen sein würde, aber auf der anderen Seite nicht hätte entstehen können, wenn nicht andere zu der Handlung selbst nicht gehörige Kräfte oder Ursachen zu seiner Entstehung mitgewirkt hätten. In diesem Falle läßt sich in der That nicht sagen,

Digitized by Google

daß der Handelnde den Erfolg hervorgebracht habe, wenngleich derselbe ohne seine Handlung nicht eingetreten sein würde. Ebenso wenig läßt sich in diesem Falle behaupten, daß der Handelnde eine Handlung unternommen habe, von welcher er nicht wußte, daß der eingetretene Erfolg nicht aus derselben hervorgehen werde. Er hat bloß nicht gewußt, daß zu seiner Handlung noch andere, zu dieser selbst nicht gehörigen Kräfte und Ursachen hinzukommen würden, durch deren vereinte Wirkung der Erfolg hervorgebracht werden mußte. Wenn er dieses nicht wußte, so konnte er daneben sehr wohl wissen, was nicht gewußt zu haben ihm nicht entschuldigt werden würde, daß aus seiner Handlung der eingetretene Erfolg nicht hervorgehen werde, wie er denn auch in der That nicht aus derselben hervorgegangen sein würde, wenn nicht die Mitwirkung jener Kräfte oder Ursachen hinzugekommen wäre. Er hat also, ungeachtet der gesetzwidrige Erfolg in Folge seiner Handlung entstand, wie ein Fleißiger gehandelt, indem er eine Handlung beging, von welcher er wußte, daß der eingetretene Erfolg aus derselben nicht hervorgehen werde. Daß nun der Erfolg dennoch eintrat, geschah gegen sein Wissen; aber dieses Nichtwissen bezieht sich nicht auf seine eigene Handlung, sondern auf die hinzukommende Wirksamkeit anderer Kräfte und Ursachen, welche keinen Bestandtheil seiner Handlung ausmachen. Dieses Nichtwissen wird dem Handelnden entschuldigt, weil es in der That mit seiner Handlung, aus welcher allein der eingetretene Erfolg nicht hervorgegangen sein würde, in keiner Verbindung steht, sondern sich auf etwas nicht zu derselben Gehöriges bezieht.

Irrthum und Unwissenheit über factische Verhältnisse werden also nur in dem Falle entschuldigt, da sie nicht

Digitized by Google

die Folgen, welche aus der Handlung als Ursache hervorgehen, betreffen, sondern sich auf solche Folgen beziehen, die zwar ohne die Handlung nicht eingetreten sein würden, aber doch nicht in der Handlung allein ihren Entstehungsgrund haben. Hierin liegt der Unterschied zwischen dem juristischen und dem bloß physischen Zusammenhange, oder, wie es später bezeichnet worden ist, zwischen dem Erfolge, der als Folge einer Handlung und zwischen dem, der in Folge derselben eingetreten war. Ob aber ein Erfolg wirklich als Folge der menschlichen Handlung, oder ob er bloß in Folge derselben eingetreten war, kann, wie sich aus dem Bisherigen von selbst ergiebt, nicht darnach beurtheilt werden, ob derselbe ohne die Handlung nicht eingetreten sein würde, sondern nur darnach, ob die Ursachen, aus welchen derselbe als Folge hervorging, durch seine Thätigkeit in Bewegung oder Wirksamkeit gesetzt waren, so daß nur in seiner Thätigkeit der Grund für diese Wirksamkeit lag, oder ob das nicht der Fall war. Im ersteren Falle ist der Erfolg in der That als Folge seiner Handlung entstanden, da jede Handlung aus zwei Theilen besteht, aus der menschlichen Thätigkeit nämlich und der durch diese veranlaßten Wirksamkeit der Ursachen und Kräfte, aus welchen der Erfolg entsteht. Hier kann sich der Handelnde gar nicht auf Irrthum und Unwissenheit berufen, um die Verantwortung für den hervorgebrachten Erfolg von sich abzulehnen. Denn gerade, daß er in diesem Irrthume handelte, ist seine culpa, da er eben nur solche Handlungen vornehmen soll, von welchen er weiß, daß kein gesetzwidriger Erfolg aus denselben hervorgehen werde. Im anderen Falle dagegen, wenn außer in seiner Thätigkeit noch in einem anderen von ihm unabhängigen Umstande der Grund liegt, daß die Ursachen, aus welchen

Digitized by Google

der Erfolg entstand, in Bewegung oder Wirksamkeit gesetzt wurden, ist derselbe nicht als Folge, sondern nur in Folge seiner Handlung entstanden. Eben weil dieser Umstand, in sofern er dem Handelnden unbekannt war, nicht mit zu seiner Handlung gehört, kann derselben auch der eingetretene Erfolg nicht zugeschrieben werden. Der Irrthum, in welchem er sich in Beziehung auf diesen Umstand befunden hatte, muß ihm zur Entschuldigung gereichen, nicht weil der Causalzusammenhang so entfernt und unwahrscheinlich war, daß ein besseres Wissen darüber dem Handelnden nicht wohl zugemuthet werden konnte, sondern weil durch diesen Irrthum der Causalzusammenhang überhaupt aufgehoben wird, da jener Umstand bloß in dem Falle würde mit zu der Handlung gerechnet werden können, wenn sich der Handelnde in Beziehung auf denselben nicht im Irrthume befunden hätte.

Das Resultat des Bisherigen wäre daher, daß Irrthum in Ansehung dessen, was zu der menschlichen Handlung gehört und aus derselben hervorgeht, nicht entschuldigt wird und den Causalzusammenhang nicht aufhebt. Zu der menschlichen Handlung gehören aber alle den Erfolg unmittelbar hervorbringenden Ursachen, deren Wirksamkeit in Nichts Anderem, als in der menschlichen Thätigkeit ihre Ursache hatte. Die Wirksamkeit dieser Ursachen erscheint alsdann als das durch die menschliche Thätigkeit Bewirkte, und ebendeßwegen als ein Theil seiner Handlung. Umgekehrt gehören nicht zu der menschlichen Handlung die den Erfolg unmittelbar hervorbringenden Ursachen, deren Wirksamkeit außer in der menschlichen Thätigkeit noch in einem anderen Umstande ihren Grund hatte. Denn in so weit die menschliche Thätigkeit durch diesen Umstand veranlaßt wurde, jene Ursachen in Wirksamkeit zu setzen, erscheint

Digitized by Google

sie selbst nicht als das Wirkende, sondern als das Bewirkte, und also nicht als Handlung. Dabei ist aber klar, daß durch das Mitwirken jenes Umstandes der Begriff der Handlung nur in dem Falle ausgeschlossen werden kann, da dasselbe dem Handelnden unbekannt gewesen war, oder da er sich darüber in Irrthum und Unwissenheit befunden hatte. Denn hatte er Kenntniß gehabt von dem Mitwirken jenes Umstandes, und dennoch die Thätigkeit unternommen, welche ebenfalls mitwirkte, jene Ursachen in Wirksamkeit zu setzen, so erscheint natürlich jene Mitwirkung als das Bewirkte und seine Thätigkeit als das Wirkende, oder mit anderen Worten, so ist nicht jenes Mitwirken die Ursache, daß durch seine Thätigkeit jene Ursachen in Wirksamkeit gesetzt wurden, sondern so ist seine Thätigkeit die Ursache, daß durch das Mitwirken jenes Umstandes jene Ursachen in Bewegung gesetzt wurden. Folglich muß die Mitwirkung jenes Umstandes, wenn sie dem Handelnden bekannt war, mit zu seiner Handlung gehören, während dieselbe, wenn sie ihm nicht bekannt war, nicht dazu gerechnet werden kann. Darum ist alsdann gerade ein solcher Irrthum vorhanden, welcher Entschuldigung findet, oder durch welchen der Causalzusammenhang zwischen dem Erfolge und der menschlichen Handlung aufgehoben wird.

Wann aber die den Erfolg unmittelbar hervorbringenden Ursachen ausschließlich durch die Thätigkeit des Menschen in Wirksamkeit gesetzt worden seien, oder wann außerdem noch ein anderer Umstand dazu mitgewirkt habe, ist keine rechtliche, sondern eine factische Frage. In den oben mitgetheilten Entscheidungen der römischen Juristen ist indessen in mehreren Beispielen die Antwort auf dieselbe gegeben.[1]) Wer in an und für sich erlaubter Weise an ei-

1) S. oben S. 292.

nem windigen Tage auf seinem Grundstücke ein Feuer anzündet, das von dem Winde auf das Grundstück des Nachbars geführt wird und Schaden daselbst anrichtet, wird als der Urheber desselben angesehen; dagegen wird kein Causalzusammenhang angenommen, wenn der Wind nach bereits angezündetem Feuer entstand und dasselbe weiter führte. In dem ersten Falle wird die Wirkung des Windes mit zu seiner Handlung gerechnet; im zweiten Falle dagegen als ein Umstand betrachtet, der nicht mit zu derselben gehört. Im ersten Falle ist die Wirkung des Windes, daß derselbe nämlich das Feuer weiter führte, das durch seine Thätigkeit Bewirkte, da der Schaden entstand, nicht weil der Wind wehete, sondern weil er dessenungeachtet ein Feuer angemacht hatte; im zweiten Falle ist das Umsichgreifen des Feuers nicht das durch seine Thätigkeit, sondern das durch den Wind Bewirkte, da der Schaden entstand, nicht weil er Feuer angemacht hatte, sondern weil sich der Wind erhob, nachdem das Feuer angemacht worden war. Der Schaden ist hier nur in Folge, nicht als Folge der menschlichen Thätigkeit entstanden.

Der Baumschneider oder der Arbeiter, der einen Menschen tödtet, indem er etwas herab wirft oder fallen läßt, wird als der Urheber der Tödtung angesehen, wenn er an einem gangbaren Orte gearbeitet hatte, ohne vor der Gefahr zu warnen. Dagegen ist die Tödtung ein bloßer Zufall, für welchen er nicht verantwortlich ist, wenn er gehörig gewarnt hatte, oder nicht vermuthen konnte, daß an diesem Orte Jemand vorübergehen werde. In beiden Fällen liegt die Ursache der Tödtung darin, daß Jemand sich an dem Orte befand, an welchem etwas herunter fiel oder geworfen wurde. Aber in dem ersten Falle ist diese Ursache in Bewegung gesetzt durch die Thätigkeit des Arbeiters oder

Digitized by Google

Baumschneiders, da der Getödtete getroffen wurde, nicht weil er an diesem Orte stand, sondern weil auf denselben etwas geworfen oder fallen gelassen wurde, ungeachtet er sich daselbst befunden. Im zweiten Falle dagegen ging die Wirksamkeit dieser Ursache von dem Getroffenen selbst aus, da er getroffen wurde, nicht weil Jener etwas herabwarf oder fallen ließ, sondern weil er sich dessenungeachtet an diesen Ort begeben hatte. In diesem Falle läßt sich ebenfalls nur sagen, daß die Tödtung in Folge, nicht aber, daß sie als Folge der Thätigkeit des Arbeiters oder Baumschneiders eingetreten war.

Wenn Jemand hinfällt und einen Anderen, indem er auf ihn fällt, tödtet, so haftet er als Urheber der Tödtung nur in dem Falle, da er sich über die Gebühr beladen hatte oder unvorsichtiger Weise über einen schlüpfrigen Ort gegangen war. Dagegen haftet er nicht, wenn er etwa wegen eines Fehltrittes oder eines anderen plötzlich eintretenden Grundes gefallen war. Die Ursache des Todes liegt in beiden Fällen darin, daß der Gefallene mit seinem Gewicht auf den Getödteten stürzte. Aber nur in dem ersten Falle ist diese Ursache von dem Gefallenen in Wirksamkeit gesetzt, da er fiel, weil er seiner Kraft oder Geschicklichkeit zu viel zugetraut hatte. Im zweiten Falle ist er dagegen gefallen, ungeachtet er in einer Weise gegangen war, von welcher er wissen und sich sagen konnte, daß er nicht fallen würde. Ob er gleich gar nicht gefallen sein würde, wenn er gar nicht ausgegangen wäre, so liegt doch hier die Ursache des Falles nicht in seiner Thätigkeit, sondern in dem Umstande, der ihn zu dem Fehltritte veranlaßt hatte.

Der Maulthiertreiber oder der Reiter, dessen Thiere durchgehen und Schaden anrichten, muß als der Urheber desselben haften, wenn er aus Ungeschicklichkeit oder Schwäche

Digitized by Google

die Thiere nicht im Zaume zu halten vermocht hatte. Denn die Ursache des Schadens liegt hier in seiner Thätigkeit, da er sich, ob er sich gleich nicht darauf verstand, mit der Lenkung der Thiere befaßt hatte. Dagegen würde es ein bloßer Zufall sein, der aus seiner Thätigkeit nicht hergeleitet werden könnte, wenn die Thiere plötzlich und wegen einer von außen kommenden Ursache Schaden angerichtet hätten.

Wenn ein Sclav getödtet wurde, indem ihn ein Wurf traf, welcher der Uebung oder des Spieles wegen geschehen war, so kommt es darauf an, ob sich der Vorfall auf dem gewöhnlichen Wurfplatze ereignete, oder nicht. Im ersteren Falle wurde er getroffen, nicht weil nach ihm geworfen wurde, sondern weil er sich an einen Ort begab, ungeachtet daselbst geworfen wurde; darum konnte der Werfende hier nur in dem Falle verantwortlich sein, da er absichtlich nach dem Sclaven geworfen hatte. Im andern Falle wurde er getroffen, weil geworfen wurde, ungeachtet er sich in derselben Richtung befand, und darum muß hier der Werfende der Verantwortlichkeit unterliegen. Der Barbier, welcher während seiner Arbeit mit einem Balle getroffen wird und Jemandem die Kehle abschneidet, haftet wegen Tödtung, wenn er an dem gewöhnlichen Spielplatze sein Werk verrichtete; denn das Unglück geschah, nicht weil an diesem Orte Ball gespielt wurde, sondern weil er daselbst rasirte, ungeachtet gespielt wurde; dagegen haftet er nicht, wenn er etwa in seiner Werkstätte gestoßen wurde, weil alsdann die Ursache des Stoßes nicht in seiner Thätigkeit liegt, sondern er vielmehr gestoßen wurde, ungeachtet er sich dieser Gefahr gar nicht ausgesetzt hatte.

Wenn Jemandem wegen seiner besonderen Körperbeschaffenheit ein an und für sich leichter Schlag tödtlich wird,

Digitized by Google

so muß der Urheber desselben dennoch wegen Tödtung haften. Denn nicht in der eigenthümlichen Constitution des Getödteten, sondern in dem Schlage muß hier die Ursache des Todes gefunden werden. Der Schlag würde zwar einem andern Menschen nicht tödtlich geworden sein; aber der Getödtete starb, nicht weil er die besondere Constitution hatte, sondern weil er ungeachtet derselben geschlagen worden war. Dagegen fällt die Verantwortlichkeit hinweg, wenn Nachlässigkeit entweder des Arztes oder des Geschlagenen selbst die Ursache wurde, daß der Schlag einen tödtlichen Erfolg hatte.[1]) Denn begreiflicher Weise kann diese Nachlässigkeit nicht als von dem Schlagenden verursacht angesehen werden, obgleich gewiß ist, daß dieselbe ohne seinen Schlag gar nicht Statt gefunden haben würde.

Diese Beispiele, welche aus den Quellen unseres Rechtes leicht noch zahlreicher hätten gegeben werden können, mögen hinreichen, um das allgemeine Merkmal zu abstrahiren, nach welchem der bloß physische Causalzusammenhang von dem wirklich juristischen unterschieden werden muß.[2])

1) Arg. l. 52. pr. D. 9. 2. „Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de injuria, occiso eo, agitur.

2) Andere Beispiele in l. 52. §. 4. D. 9. 2. Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam praecipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit. Quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus impulsu cecidisset, agere possit. Respondi, non posse, cum casu magis, quam culpa videretur factum. Der Grund dieser Entscheidung liegt aber nicht, wie Hasse, die Culpa des römischen Rechtes §. 15. und Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, S. 28. behaupten, darin, daß das Gesetz nicht verlangen könne, daß man, vollends beim Spiele, immer in dem Grade gespannt sei, um einen solchen Unglücksfall zu vermeiden. Dieser Grund ist

Digitized by Google

So oft sich sagen läßt, ein Erfolg sei entstanden, weil ein Mensch in einer bestimmten Weise thätig gewesen, ungeachtet oder nachdem ein Umstand Statt gefunden, in Folge dessen der Erfolg aus der menschlichen Thätigkeit hervorgehen mußte, findet zwischen ihm und der Handlung immer juristischer Causalzusammenhang Statt, bei welchem der Handelnde der Verantwortlichkeit unterliegt. So oft dagegen gesagt werden kann, der Erfolg sei entstanden, weil ein zu seiner Entstehung mitwirkender Umstand Statt

---

vielmehr kein anderer, als daß bei solchen Spielen auf gegenseitige Geschicklichkeit gerechnet wird, so daß, wer in denselben verunglückt, es weniger dem Angriffe des Gegners, als seiner eigenen Unbehülflichkeit zuzuschreiben hat, indem er nicht auswich, ungeachtet ein nach den Gesetzen des Spieles zulässiger Angriff auf ihn gemacht wurde. Denn wer außerhalb eines solchen Spieles Jemanden von einem Abhange herunterstößt, etwa zum Scherze, muß für den daraus entstandenen Schaden haften, wenngleich das Eintreten desselben vielleicht nicht vorhergesehen oder erwartet werden konnte. L. 7. §. 7. l. 9. §. 3. D. eod. Hierher gehört auch die Entscheidung von Ulpian in l. 7. §. 4. D. eod., daß nicht hafte, wer seinen Gegner in einem Kampfspiele getödtet habe, weil das gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia geschehen sei, wenn nur anders den Regeln des Kampfes gemäß verfahren worden. Auch kann hierher bezogen werden l. 6. §. 7. D. l. 18. „Sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet; praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet" verglichen mit §. 7. J. 4. 3. und l. 7. i. f. l. 8. pr. D. 9. 2. Der beste Arzt kann sich irren, und eine Cur einschlagen, die zum Tode führt; aber unter seinen Händen stirbt der Patient, nicht weil, sondern ungeachtet er von ihm behandelt worden war. Bei dem Quacksalber dagegen, der sich der Behandlung gar nicht hätte unterziehen sollen, läßt sich sagen, der Tod sei eingetreten, weil er dieselbe unternommen hatte.

Digitized by Google

gefunden, ungeachtet oder nachdem der Mensch in einer Weise thätig gewesen, welche für sich allein den Erfolg nicht nach sich gezogen haben würde, ist der Causalzusammenhang kein juristischer, sondern bloß ein physischer, welcher rechtlich dem reinen Zufalle gleich geachtet werden muß.[1]) Für das Dasein des juristischen Causalzusammenhanges an und für sich ist es aber gleichgültig, ob der Handelnde von dem Umstande, in dessen Folge der Erfolg aus seiner Thätigkeit hervorging, Kenntniß hatte, oder nicht, da, wie gezeigt worden ist, der Mensch verantwortlich ist für jeden Erfolg, von welchem er wußte, daß er ihn hervorbringen werde, und von welchem er nicht wußte, daß er ihn nicht hervorbringen werde. Dagegen kann von rein physischem Causalzusammenhange, der keine Verantwortlichkeit

---

1) Darnach beurtheilen sich auch die verschiedenen Modificationen, unter welchen das oben S. 289 angeführte Beispiel vorkommen kann. Wenn Einer den Andern durch das Abschießen einer geladenen Flinte tödtet, so kommt es darauf an, ob er die Flinte abdrückte, ungeachtet oder nachdem sie geladen gewesen, oder ob dieselbe geladen worden, nachdem er bereits seine Thätigkeit mit ihr begonnen hatte. Das Erste ist der Fall, wenn er wußte, daß sie geladen war, oder nicht wußte, daß sie nicht geladen war. Das Zweite ist der Fall, wenn er wußte, daß sie nicht geladen war, da er mit ihr thätig zu werden anfing. Denn in diesem Falle ist der Beginn seiner Thätigkeit nicht etwa von dem Momente an zu rechnen, da er die Flinte abdrückte, sondern schon von dem Augenblicke an, da er die Ueberzeugung erhielt, dieselbe sei ungeladen. Wenn also nachher wider sein Wissen eine Ladung hinein gethan wird, so kann doch von ihm gesagt werden, er habe gewußt, die Flinte sei ungeladen und der unglückliche Erfolg sei eingetreten, ungeachtet er mit derselben in einer Weise umgegangen, aus welcher die Tödtung an und für sich nicht hervorgegangen sein würde.

Digitized by Google

begründet, nur die Rede sein, wenn dem Handelnden jener Umstand nicht bekannt gewesen war, da außerdem immer würde gesagt werden können, daß er ungeachtet desselben gehandelt habe, wodurch eben der juristische Causalzusammenhang begründet werden würde. *)

---

1) Bei der obigen Darstellung erscheinen die gewöhnlichen Eintheilungen der Folgen einer Handlung und des Causalzusammenhanges als überflüssig, wie dieselben denn auch in der That die klare Anschauung des wahren Sachverhältnisses eher erschweren, als erleichtern dürften. Stübel, über den Thatbestand, §. 69. unterscheidet zwischen nothwendigen und zufälligen Folgen einer Handlung, je nachdem dieselbe nach Naturgesetzen ohne die Folgen nicht denkbar sei, oder auch ohne sie vorzukommen pflege. Weiter sei die Nothwendigkeit oder Zufälligkeit der Folgen entweder individuell oder allgemein, je nachdem ihre Entstehung in der außerordentlichen Beschaffenheit der zusammentreffenden Umstände oder in dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gegründet sei. Mit Recht behauptet Stübel, daß Jemand auch Urheber dessen, was er zufällige Folgen nennt, werden könne. Allein es liegt auf der Hand, daß der von ihm aufgestellte Begriff des Zufalles willkürlich und unphilosophisch sei. Daß der räuberisch Angefallene seine Sachen an den Räuber verliert, ist darnach, wie Stübel selbst behauptet §. 73., eine zufällige Folge des Anfalles, da der Beraubte sich möglicher Weise durch stärkeren Widerstand seine Sachen hätte erhalten können. Hiergegen braucht nicht weiter disputirt zu werden. Auch begreift man nicht, zu welchem Ende Stübel überhaupt zwischen nothwendigen und zufälligen Folgen unterscheidet, wenn der Handelnde ebenso gut für den Urheber von diesen, als von jenen gelten soll. Wollte man dagegen, was allerdings Viele thun, den Begriff der zufälligen Folgen in der Weise feststellen, welche Stübel §. 72. angiebt, und diejenigen darunter verstehen, welche Jemand so veranlaßt, daß sie ihm nicht zur Strafe angerechnet werden können, so geräth man in eine übele Alternative. Entweder erhält man einen doppelten Begriff des Zufalles, einen für das Civilrecht und den andern für das

Digitized by Google

Auf den ersten Anblick könnte es scheinen, als ob durch das eben angegebene allgemeine Merkmal der Unterschied zwischen dem juristischen und dem bloß physischen Causalzusammenhange nicht mit der gehörigen Schärfe bezeichnet worden sei. Man könnte einwenden, so oft sich sagen lasse, ein Erfolg sei entstanden, weil ein Mensch in bestimmter Weise thätig gewesen, ungeachtet oder nachdem ein Umstand Statt gefunden, in dessen Folge derselbe aus der menschlichen Thätigkeit hervorgehen mußte, könne auch gesagt werden, er sei entstanden, weil ein zu seiner Entstehung mitwirkender Umstand Statt gefunden, ungeachtet oder nachdem der Mensch in einer Weise thätig gewesen,

---

Criminalrecht, da nicht jeder Erfolg, wegen dessen man nicht bestraft werden kann, auch im Civilrechte als Zufall gilt, für welchen man keiner privatrechtlichen Verantwortlichkeit unterläge. Oder man müßte annehmen, was aber in der That ganz unrichtig sein würde, daß civilrechtliche und criminalrechtliche Verantwortlichkeit in Eins zusammenfallen und auf einer Grundlage beruhen. Ob aber ein Erfolg zufällig hervorgebracht sei, oder nicht, ist eine Frage, auf welche es sowohl im Civilrechte, als im Criminalrechte nur eine Antwort geben kann. Wenn dennoch nicht immer Strafe eintreten kann, wo privatrechtliche Verantwortlichkeit begründet ist, so folgt daraus nur, daß die Strafe außer dem Causalzusammenhange noch eine besondere Voraussetzung hat. S. oben S. 110. — Die weitere Eintheilung, welche Stübel, §. 79 ff., macht, in mittelbare und unmittelbare Folgen, je nachdem sie einzig und allein aus der Kraftanwendung des Handelnden hervorgehen, oder außerdem noch durch die Aeußerung einer zweiten mitwirkenden Kraft bewirkt werden, sowie die Unterscheidung dieser mitwirkenden Kraft in positive und negative, kann nach dem Obigen ebenfalls entbehrt werden. Auch bindet Stübel an seine Eintheilungen manche Folgerungen, die in dem Obigen ihre Widerlegung finden.

Digitized by Google

welche für sich allein den Erfolg nicht nach sich gezogen haben würde. Um auf eins der angegebenen Beispiele zurückzukommen, so könnte man sagen, der Tod sei entstanden, weil Einer dem Anderen einen an und für sich leichten Schlag gegeben, ungeachtet dieser eine solche Constitution gehabt, daß ihm der Schlag tödtlich werden müßte, ebenso gut, als gesagt werden könnte, der Tod sei entstanden, weil der Geschlagene eine so ungewöhnliche Constitution gehabt habe, ungeachtet ihn der Andere in einer Weise geschlagen, welche unter anderen Umständen den Tod nicht nach sich gezogen haben würde. Denn der Tod sei eingetreten weder allein in Folge des Schlages, noch allein in Folge der ungewöhnlichen Constitution, sondern durch Beides zusammen, weil ungeachtet des Einen noch das Andere hinzugekommen sei.

Allein wenn sich auch vielleicht nach dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens in dieser Weise sprechen läßt, so kann doch, wenn man logisch denken und sprechen will, nur von dem, was der Zeitfolge nach später eingetreten ist, gesagt werden, es sei ungeachtet des Anderen hinzugekommen, und habe dadurch das Eintreten des Erfolges verursacht. Deßwegen muß ein Erfolg immer als von der menschlichen Thätigkeit verursacht angesehen werden, wenn der Umstand, welcher zum Entstehen desselben mitwirkte, bereits Statt fand, da die Thätigkeit sich äußerte, sowie umgekehrt derselben der Erfolg nicht zugeschrieben werden kann, wenn jener Umstand später, als sie, eingetreten war. Es kommt daher, um über Dasein oder Nichtdasein des juristischen Causalzusammenhanges zu entscheiden, nur darauf an, ob der Umstand, ohne welchen die menschliche Thätigkeit nicht zu dem Erfolge geführt haben würde, bereits vor derselben vorhanden war, oder nicht. Wann das Eine

Digitized by Google

oder das Andere der Fall sei, ist eine rein factische Frage, deren Beantwortung sich von selbst ergiebt, und überdieß aus den vorhin angeführten Beispielen hinlänglich hervorgeht. Nur eine Bemerkung mag in dieser Beziehung noch hinzugefügt werden.

Der Baumschneider, welcher an einem gangbaren Orte einen Ast herunter wirft und dadurch einen Vorübergehenden tödtet, wird als der Urheber der Tödtung angesehen, und muß für dieselbe haften. Man könnte hieraus gegen das Obige einwenden, das Vorübergehen des Getödteten habe Statt gefunden, nachdem oder ungeachtet der Baumschneider bereits über seiner Arbeit begriffen gewesen und folglich könne dieser entweder nicht haften, oder müsse die obige Darstellung das Richtige verfehlt haben. Ebenso ist der Verwundende unstreitig Urheber der Tödtung, wenn aus der Verwundung zunächst die Schwindsucht und aus dieser der Tod entsteht, so daß ohne die erst nach der menschlichen Thätigkeit entstandene Schwindsucht der Tod nicht eingetreten sein würde. Wer in gefährlicher Weise Gift liegen läßt, welches ein Anderer einnimmt, kann unter Umständen wegen Tödtung verantwortlich sein, obgleich das Einnehmen, ohne welches der Tod nicht eingetreten sein würde, natürlicher Weise später vor sich ging, als das Liegenlassen desselben.

Allein der Umstand, von welchem behauptet worden ist, er müsse, damit juristischer Causalzusammenhang angenommen werden könne, vor der menschlichen Thätigkeit Statt gefunden haben, besteht in den angegebenen Beispielen nicht lediglich in dem Vorübergehen, oder der Schwindsucht, oder dem Giftnehmen des Getödteten, in sofern diese Ereignisse äußere Erscheinungen sind, sondern auch in dem Grunde, in dessen Folge dieselben Statt gefunden haben.

Digitized by Google

Denn kein Ereigniß kann eintreten, ohne daß es einen Grund gehabt hätte, sowie umgekehrt es entweder immer eintreten muß, oder wenigstens das Nichteintreten desselben von dem Handelnden nicht gewußt werden kann, wenn der Grund zu demselben vorhanden und mit Wissen des Handelnden nicht wieder hinweg geräumt worden ist.[1]) Daraus folgt aber, daß schon alsdann gesagt werden kann, der zur Entstehung des Erfolges mitwirkende Umstand habe zur Zeit der menschlichen Thätigkeit Statt gefunden, wenn nur um diese Zeit bereits der Grund des Ereignisses vorhanden war, ohne dessen vielleicht späteren Eintritt die menschliche Thätigkeit nicht zu dem Erfolge geführt haben würde. Denn da nach den Gesetzen des rein physischen Causalzusammenhanges der eingetretene Erfolg nothwendig eintreten mußte, sowie jenes Ereigniß und die menschliche Thätigkeit zusammen trafen, so hat alsdann der Handelnde zur Zeit seiner Thätigkeit immer entweder gewußt, daß aus derselben der eingetretene Erfolg hervorgehen werde, oder wenigstens nicht gewußt, daß dieses nicht der Fall sein werde. Und in diesen beiden Fällen liegt, wie in dem Früheren gezeigt worden ist, der Grund, auf welchem aller juristische Causalzusammenhang beruht.[2]) Daraus folgt aber weiter, daß der zur Entstehung des Erfolges mitwirkende Umstand zur Zeit der menschlichen Thätigkeit noch nicht vorhanden gewesen sein kann, wenn zu dieser Zeit Grund vorhanden war, daß das Ereigniß, ohne welches die Thätigkeit nicht

---

1) Daher haftet der Baumschneider nicht, wenn er gehörig vor der Gefahr gewarnt hatte, da hierdurch der Grund des Vorübergehens, der in der Gangbarkeit der Straße liegt, wieder aufgehoben wird. S. oben S. 293.

2) S. oben S. 311.

Digitized by Google

zu dem Erfolge geführt haben würde, nicht eintreten werde. Denn alsdann hat der Mensch wie ein Fleißiger gehandelt, indem er wußte, daß er den eingetretenen Erfolg nicht hervorbringen werde. Daß derselbe dennoch eingetreten, ist alsdann, wie es in dem Früheren ausgedrückt worden ist, nicht als Folge, sondern nur in Folge seiner Handlung geschehen und beruht nicht auf dem juristischen, sondern dem bloß physischen Causalzusammenhange. Das Ereigniß, ohne welches die menschliche Thätigkeit den Erfolg nicht nach sich gezogen haben würde, muß freilich auch seinen Grund gehabt haben; allein dieser Grund muß später entstanden sein, als die menschliche Thätigkeit, da außerdem zu der Zeit, als dieselbe begann, nicht Grund vorhanden gewesen sein könnte, daß dieses Ereigniß nicht eintreten werde. Darum würde, wenn an und für sich Grund für das Nichteintreten dieses Ereignisses vorhanden war, nur in dem Falle gesagt werden können, der Handelnde habe gewußt, daß er den Erfolg hervorbringen werde, oder wenigstens nicht gewußt, daß er ihn nicht hervorbringen werde, da dieser Grund für das Nichteintreten mit seinem Wissen aus irgend einem besonderen Grunde wieder aufgehoben worden war.[1]) Deßwegen ist schon in dem Früheren behauptet worden,[2]) daß in jedem Falle der juristische Causalzusammenhang nur alsdann ausgeschlossen sei, da der Handelnde sich über den Umstand, der zur Hervorbringung des Erfol-

1) Daher haftet der Baumschneider, der an einer ungangbaren Stelle arbeitete, wenn er den Vorübergehenden gesehen hatte, da hierdurch der Grund des Nichtvorübergehens, der in der Ungangbarkeit der Straße liegt, wieder aufgehoben worden ist. S. oben S. 293.

2) S. oben S. 318.

Digitized by Google

ges mitwirkte, in Irrthum oder Unwissenheit befunden hatte.[1])

Demnach ist der juristische Causalzusammenhang begründet, so oft der Mensch wußte, daß der eingetretene Erfolg aus seiner Thätigkeit als Folge hervorgehen werde, oder so oft er nicht wußte, daß dieses nicht der Fall sein werde. Ob aber ein Erfolg als Folge der menschlichen Thätigkeit angesehen werden könne, hängt nicht davon ab, daß er ohne diese nicht eingetreten sein würde, sondern kann nur darnach bestimmt werden, ob die Ursachen, aus welchen er hervorging, durch seine Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt waren, oder nicht. Wann dieses im Allgemeinen der Fall sei, ist in dem Bisherigen weitläufig auseinander gesetzt worden. Daher ist am Schlusse dieser Abtheilung nur noch übrig, den Causalzusammenhang nach der Verschiedenheit der Ursachen, welche durch die menschliche Thätigkeit in Wirksamkeit gesetzt werden, zu betrachten.

In dieser Beziehung ist bereits früher bemerkt worden, daß diese Ursachen entweder in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen bestehen, so daß derjenige, der

---

1) Nach dieser Ausführung lassen sich die angegebenen Beispiele, sowie alle übrigen Fälle leicht entscheiden. Lag der Grund, daß die Schwindsucht aus der Verwundung entstand, schon zur Zeit derselben in der Constitution des Gestorbenen, so haftet der Verwundende wegen Tödtung; dagegen erscheint der Tod als ein Zufall, wenn eigene Nachlässigkeit des Verwundeten oder fehlerhafte Behandlung des Arztes die Ursache war, daß die Wunde die Schwindsucht nach sich zog. Wer Gift liegen läßt, haftet, wenn Grund vorhanden war, daß ein Anderer dasselbe nehmen werde. Dagegen haftet er nicht, wenn Grund vorhanden war, daß ein Anderer dasselbe nicht nehmen werde, wenn z. B. ein Dieb, der Arsenik für Zucker hielt, denselben zu sich nahm.

Digitized by Google

dieselben in Wirksamkeit treten läßt, das Verbrechen nicht allein, sondern unter fremder verbrecherischer Mitwirkung begeht, oder daß sie nicht in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen bestehen, so daß der Handelnde als der alleinige Urheber des Verbrechens angesehen werden muß.[2]) Nach dieser Unterscheidung ist in dem Früheren die Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht werden kann, in Theilnahme und Urheberschaft eingetheilt worden.

Diese Unterscheidung und Eintheilung bedarf jetzt einer besonderen Rechtfertigung, da sie von der hergebrachten Lehre wesentlich abweicht. Das Abweichende betrifft jedoch nicht sowohl die gebrauchten Ausdrücke „Theilnahme und Urheberschaft" als solche, als vielmehr den Eintheilungsgrund, nach welchem der vorgetragenen Ansicht zufolge beide unterschieden werden müssen. Daraus werden sich aber auch in practischer Hinsicht nicht unwichtige Resultate ergeben.

Nach dem allgemeinen Inhalte aller Strafgesetze unterliegt es nämlich keinem Zweifel, daß derjenige, welcher durch seine Handlungsweise ein Verbrechen hervorgebracht, auch die volle Strafe desselben erleiden müsse, wenn ihm nicht etwa besondere Milderungsgründe zur Seite stehen. Denn die Strafgesetze bedrohen ja gerade diejenigen, welche durch ihre Handlungen die Verbrechen hervorbringen. Auf der andern Seite aber ist es, wenigstens nach neuestem teutschen gemeinen Rechte, ebenso gewiß, daß die mehreren Theilnehmer an einem Verbrechen nicht sämmtlich in gleichem Maße, sondern härter oder gelinder nach der Verschiedenheit ihrer Mitwirkung bestraft werden.[2]) Es ist deßwegen

1) S. oben S. 260.

2) Martin §. 72. Anders nach römischem Rechte, welches vermöge seines vorherrschenden subjectiven Gesichtspunctes Urhe-

von äußerster Wichtigkeit, nicht allein die Fälle der Theilnahme von denen der Nichttheilnahme genau zu scheiden, sondern auch das allgemeine Princip aufzufinden, nach welchem überhaupt in unserem einheimischen Rechte die verschiedenen Theilnehmer mit verschiedener Strafe bedrohet sind. Denn daraus allein werden sich wirklich brauchbare Eintheilungen oder Unterscheidungen der Theilnahme ableiten lassen.

Es ist aber nicht schwer nachzuweisen, daß unsere Criminalisten die Fälle der Theilnahme von denen der Nichttheilnahme nicht immer mit der gehörigen Schärfe auseinander gehalten haben. Unter die Fälle der Theilnahme rechnen sie nämlich auch das Verhältniß des sogenannten intellectuellen Urhebers und Gehülfen, welcher den sogenannten physischen Urheber, der das Verbrechen unmittelbar vollbringt, entweder dazu bestimmt, so daß er es außerdem nicht vollbracht haben würde, oder demselben wenigstens durch Rathsertheilung die Vollbringung erleichtert.[1]) Es ist aber klar, daß keines Weges in allen den Fällen, welche man zu der intellectuellen Urheberschaft rechnet, das Verhältniß einer wirklichen Theilnahme an einem Verbrechen enthalten ist. Denn von dieser kann der Natur der Sache nach nur in dem Falle die Rede sein, da das Verhältniß, in welchem sowohl der intellectuelle, als der physische Urheber zu dem Verbrechen stehen, ein wirklich verbrecherisches genannt werden kann. Außerdem hat nur Einer von ihnen

---

ber und Theilnehmer jeglicher Art im Allgemeinen mit gleicher Strafe belegt wissen will. Vgl. meine Abhandlungen, Band I. S. 293.

1) Mittermaier, im N. A. des C. R. III. S. 125 ff. Martin, §. 74.

Digitized by Google

das Verbrechen begangen, und die nicht verbrecherische Mitwirkung des Anderen kann, wenn auch vielleicht ohne sie das Verbrechen nicht vollbracht worden sein würde, auf keinen Fall für verbrecherische Theilnahme angesehen werden. Deßwegen ist es zwar wirkliche verbrecherische Theilnahme, wenn bei einem Verbrechen Mandant und Mandatar concurriren, da jener ein Verbrechen begeht, in sofern er durch seinen Einfluß einen Anderen zur Vollbringung desselben verleitet, dieser aber natürlicher Weise aus dem erhaltenen Auftrage keinen Entschuldigungsgrund für seine That herleiten kann. Allein unsere Criminalisten sprechen auch von Theilnahme an einem Verbrechen, wenn Einer dem Anderen, der in dem vorliegenden Falle Gehorsam zu leisten verbunden war, befohlen hatte, ein Verbrechen zu begehen, oder wenn er ihn durch Drohungen dazu genöthigt, oder endlich, wenn er ihn, indem er einen Irrthum in ihm erregte, zur Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges veranlaßt hatte.[1]) Martin bemerkt ausdrücklich, daß in gewissen Fällen nur von alleiniger Bestrafung des intellectuellen Theilnehmers die Frage sein könne. Allein aus welchem Grunde spricht man hier von Theilnahme, wo doch offenbar nur von alleiniger Hervorbringung des Verbrechens die Rede sein kann?[2]) Wer wird den Gerichtsdiener, der einem formgerechten Befehle des Richters zufolge einen Un-

1) Martin, a. a. O. Mittermaier, a. a. O. unten, C. D. und F.

2) Mit Recht scheidet auch Heffter, §. 78 und 79. diese Fälle aus, indem er sie unfreiwillige Complicität nennt, und der eigentlichen Theilnahme, der freiwilligen Complicität, gegenüberstellt. Nur sollte überhaupt in diesen Fällen gar nicht von Complicität gesprochen werden.

Digitized by Google

schuldigen oder Unverdächtigen zur Haft bringt; für einen Theilnehmer an dem Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung ansehen; oder den Cassenbeamten, der unter dem Einflusse lebensgefährlicher Drohungen den Räubern den Weg angiebt, auf welchem sie zur Casse gelangen können, für einen Theilnehmer an dem Raube; oder das Gericht, welches auf den Grund falscher Zeugenaussagen Jemanden zum Tode verurtheilt, oder den Nachrichter, welcher dieses Urtheil vollstreckt, für Theilnehmer an dem Verbrechen der Ermordung? Niemand wird leugnen, daß in den angegebenen Beispielen das Verbrechen von demjenigen allein begangen worden ist, der den Befehl oder die Drohung erlassen, oder das Gericht in den verhängnißvollen Irrthum versetzt hatte. Zwar würde ohne die Thätigkeit des Gehorchenden, des Bedroheten oder des hintergangenen Gerichtes das Verbrechen nicht in Ausführung gebracht worden sein; allein diese Thätigkeit ist keine verbrecherische,[1]) und ebendeßwegen kann das Verbrechen, da es doch vorhanden ist, nur als das des Befehlenden, des Drohenden oder des falschen Zeugen angesehen werden, welcher darum auch der vollen Strafe, mit welcher das hervorgebrachte Verbrechen bedroht ist, unterliegen muß.

Wenn es sich hier bloß um die sprachliche Bezeichnung handelte, ob nämlich derjenige, der in einer der erwähnten Weisen das Verbrechen hervorgebracht, füglich ein Theilnehmer genannt werden könne, oder nicht, so würde es sich kaum der Mühe gelohnt haben, so ausführlich darüber zu

---

1) Aus Gründen, die erst unten näher besprochen werden können. Im Falle eines Befehls oder einer Drohung ist die Handlung keine widerrechtliche, und im Falle eines erregten Irrthumes keine dolose oder culpose.

Digitized by Google

sprechen. Allein es hängen auch practische Folgerungen davon ab. Theils nämlich beziehen unsere Criminalisten einen Grundsatz unseres positiven Rechtes, der nur von der wirklichen Theilnahme gilt, auch auf die erwähnten Fälle, in welchen, wie gezeigt worden, von keiner Theilnahme die Rede ist, Theils machen sie von einem andern Grundsatze, der nur für diese Fälle gilt, auch auf die Fälle der eigentlichen Theilnahme unstatthafte Anwendung. Beides ist nur eine Folge davon, daß sie die Fälle der Theilnahme und der Nichttheilnahme nicht gehörig auseinander gehalten haben.

Der Grundsatz, von welchem eben behauptet worden, er werde unrichtiger Weise auch auf die Fälle, in welchen keine Theilnahme enthalten ist, bezogen, liegt in der nicht bloß in unserem positiven Rechte, sondern auch in der Natur der Sache begründeten Bestimmung, daß intellectuelle Theilnahme an einem Verbrechen nicht anders als wissentlich und vorsätzlich Statt finden könne.[1]) Denn das Verbrechen, welches ein Anderer begeht, kann bloß dadurch zugleich mit zu dem Verbrechen des intellectuellen Theilnehmers werden, daß es mit seinem Wissen und Willen begangen wird. Es mag sein, daß Jemand wider Wissen und Willen nach der Betrachtungsweise des gemeinen Lebens die Veranlassung werden kann, daß ein Anderer zum Verbrecher wird; allein er kann auf keinen Fall dafür verantwortlich gemacht werden. Denn die wirkliche und juristisch allein erweisliche Ursache des Verbrechens liegt dabei doch immer in dem verbrecherischen Entschlusse des eigentlichen Thäters, woraus von selbst folgt, daß der Andere in gar keiner Beziehung zu demselben steht, welche ju-

1) Martin, §. 74. Feuerbach, §. 55.

ristisch in Betracht kommen könnte, wenn er nicht unzweideutig zu erkennen gegeben hat, daß der Entschluß, aus welchem das Verbrechen hervorgegangen, auch der seinige gewesen ist. Und das setzt eben voraus, daß der intellectuelle Theilnehmer gewußt und gewollt habe, daß der eigentliche Thäter das Verbrechen begehe. Allein wenn man, wie häufig geschieht,[1]) das Erforderniß des Wissentlichen und Vorsätzlichen auch zu der Strafbarkeit desjenigen macht, der durch Befehl, Drohung und Erregung oder Benutzung eines Irrthumes einen verbrecherischen Erfolg hervorbrachte, so verstößt man dadurch ebenso wohl gegen die Bestimmungen unseres positiven Rechtes, als gegen das, was sich aus allgemeinen Rechtsprincipien zu ergeben scheint. Denn darauf, daß der eigentliche Thäter das Verbrechen als Verbrechen begehe, und also selbst zum Verbrecher werde, kann seine Absicht gar nicht gerichtet sein, da er ja gerade die Thätigkeit desselben auf eine solche Weise in Bewegung setzte, daß dieselbe für diesen auf keinen Fall eine verbrecherische werden konnte.

Das Erforderniß des Wissentlichen und Vorsätzlichen könnte also nur auf den hervorgebrachten Erfolg selbst bezogen werden, so daß der Urheber des Befehles, der Drohung oder des Irrthumes, um strafbar zu werden, gewußt und gewollt haben müßte, nicht allein, daß der Erfolg überhaupt hervorgebracht werde, sondern auch, daß dieses in der That in rechtswidriger und verbrecherischer Weise geschehe. Allein wenn der Erfolg, der durch Befehl, Drohung oder Erregung eines Irrthumes hervorgebracht wurde, überhaupt unter diejenigen gehört, deren auch nur culpose Hervorbringung mit Strafe bedroht ist, so ist nicht einzusehen,

1) Martin und Feuerbach a. a. O.

warum Straflosigkeit eintreten soll, wenn er in einer dieser Weisen culpos hervorgebracht worden war. Denn Befehl, Drohung oder Erregung eines Irrthumes sind Nichts Anderes, als Weisen der Hervorbringung, welche den übrigen Weisen, in welchen der Erfolg ebenfalls hervorgebracht werden kann, im Allgemeinen ganz gleich stehen, und ebenso gut als diese unter das Strafgesetz fallen müssen, welches von der verbrecherischen Hervorbringung dieses Erfolges handelt.[1]) Es müßte daher, wenn in der That nur derjenige strafbar sein sollte, der in einer der angegebenen Weisen dolos einen verbrecherischen Erfolg hervorgebracht, nachgewiesen werden, entweder, daß es von vorn herein unmöglich sei, in einer dieser Weisen auch culpos einen Erfolg hervorzubringen, oder, daß die culpose Hervorbringung dieser Art nach ausdrücklichen Bestimmungen, wenigstens nach dem Geiste unserer Gesetze als straflos angesehen werden müsse.

Es kann aber weder das Eine, noch das Andere nachgewiesen werden. Denn jeder Erfolg, der überhaupt nach den Gesetzen des Causalzusammenhanges einer Handlung als Ursache zugeschrieben werden darf, kann durch diese Handlung sowohl dolos, als culpos hervorgebracht werden, da dolus und culpa nur Arten der verbrecherischen Willensbestimmung sind, mit welcher eine Handlung vorgenommen wird, und ebendeßwegen auf das Urtheil über den Causalzusammenhang an und für sich keinen Einfluß ausüben können. Ebenso wenig kann aber behauptet werden, daß nach der Ansicht unseres positiven Rechtes straflos sei,

1) L. 7. §. 1. D. 9.2. Occisum autem accipere debemus, sive gladio, sive etiam fuste, vel alio telo, vel manibus, si forte strangulavit eum, vel calce petiit, vel qualiter qualiter.

Digitized by Google

wer durch Befehl, Drohung oder Erregung eines Irrthumes culpos einen verbrecherischen Erfolg hervorbringt. Denn Theils ist dieses in unseren Gesetzen nirgends ausdrücklich anerkannt, was doch geschehen sein müßte, da an und für sich eine culpose Hervorbringung dieser Art unter das Strafgesetz fallen müßte, welches im Allgemeinen die culpose Begehung dieses Verbrechens mit Strafe bedroht, Theils fehlt es nicht an positiven Andeutungen, aus welchen geradezu das Gegentheil hervorgeht. [1]) Warum sollte auch nicht der Richter wegen culposer Tödtung bestraft werden können, der zwar nicht vorsätzlich, aber in Folge seiner Nachlässigkeit, indem er etwa unterließ, in der Untersuchung solche Maßregeln vorzunehmen, durch welche die Unschuld des Angeklagten aufgeklärt worden sein würde, die Ursache wurde, daß ein Unschuldiger zum Tode verurtheilt und hingerichtet wurde? Warum sollte sich nicht einer culposen Vergiftung schuldig machen, wer durch Drohung den Apotheker zwingt, daß er der Arznei ein philtrum beimischt, welches der Kranken verderblich wird, oder wer selbst nicht wissend, ob eine Flinte geladen war oder nicht, dieselbe einem Anderen mit der Versicherung, sie sei ungeladen, übergiebt und dadurch verursacht, daß dieser einen Menschen tödtet?

Will man denjenigen, der in einer dieser Weisen einen Erfolg hervorbringt, intellectuellen Urheber nennen, so ist an und für sich Nichts dagegen zu sagen, da allerdings

1) P. G. O. A. 1. ... alsdann zu diesen großen Sachen, welche des Menschen ehr, leib, leben und gut belangen sein, dapffer und wohlbedachter fleiß gehorigl, darumb dann in solcher überfarung niemants mit rechtmäßigem vortreglichem grund seine verlassung und hinlessigkeit entschuldigen mag... Vgl. auch Art. 20. 21 und 61. Wächter, §. 222. Note 100. Martin, §. 226.

Digitized by Google

nicht zu leugnen ist, daß er nicht unmittelbar, d. h. durch Anwendung seiner physischen Kräfte, denselben hervorbringt; allein keines Falles kann er, welcher alleiniger Verbrecher ist, für einen Theilnehmer an einem Verbrechen angesehen werden. Da aber der Ausdruck „intellectueller Urheber" seiner bloß sprachlichen Bedeutung nach ebenso gut auch auf denjenigen paßt, welcher wirklicher Theilnehmer an einem Verbrechen ist, indem er mit dem eigentlichen Thäter einen gemeinschaftlichen verbrecherischen Entschluß hat, so scheint es zweckmäßiger zu sein, sich des Ausdrucks „intellectueller Urheber" gar nicht zu bedienen. Denn in sofern dieser Ausdruck zwei durchaus verschiedene Arten von Fällen, von welchen die eine Theilnahme, die andere Nichttheilnahme enthält, gleichmäßig in sich begreift, dient er offenbar dazu, wie es denn auch der Fall gewesen ist, dieselben unter einander zu vermengen. Für die Fälle der Nichttheilnahme, in welchen der sogenannte intellectuelle Urheber der alleinige Urheber des Verbrechens ist, erscheint das Prädicat „intellectuell" als überflüssig, da das Intellectuelle bloß eine der Weisen ist, in welchen ein Verbrechen begangen werden kann und welche vor den übrigen Weisen gar keine Eigenthümlichkeit voraus hat. Für die Fälle der Theilnahme dagegen, in welchen sich der so genannte intellectuelle Theilnehmer der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen bedient, scheint der Ausdruck „Theilnehmer" das wahre Sachverhältniß am Besten zu bezeichnen.[1]) Urheber wird hier also derjenige genannt,

1) Die Theilnahme kommt jedoch unter verschiedenen Modificationen vor, deren genauere Bezeichnung allerdings noch verschiedene Prädicate nothwendig macht. Davon weiter unten im Texte.

Digitized by Google

welcher in Beziehung auf ein begangenes Verbrechen als der alleinige Verbrecher erscheint, ohne Unterschied, ob seine Thätigkeit eine physische oder intellectuelle gewesen war. [1])

Der andere Grundsatz, von welchem vorhin behauptet worden ist, er beziehe sich nur auf die Fälle der so genannten intellectuellen Urheberschaft, in welchen keine Theilnahme enthalten, und werde unstatthafter Weise auch auf die Fälle angewendet, in welchen allein von Theilnahme die Rede sein kann, betrifft die Strafe, mit welcher nach den Grundsätzen unseres gemeinen Rechtes der intellectuelle Urheber belegt werden soll. Fast einstimmig behaupten unsere Criminalisten, daß der intellectuelle und der physische Urheber auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen. [2]) Für

---

1) Mittermaier, im N. A. des C. R. III. S. 125. will den Ausdruck „Urheber" ohne das Prädicat intellectuell ausschließlich für den sonst so genannten intellectuellen Urheber gebrauchen und dagegen den sonst so genannten physischen Urheber durch den Ausdruck „Thäter" bezeichnen. Dem Sprachgebrauche dürfte dieses aber schwerlich so gemäß sein, als Mittermaier behauptet, indem man unter Urheber sicherlich auch denjenigen begreift, den Mittermaier Thäter genannt wissen will. Uebrigens kommt auf die Ausdrücke an und für sich nicht viel an, wenn man dieselben nur so wählt, daß nicht Mißverständnisse und Verwechselungen dadurch befördert werden. Die angedeutete Verwechselung wird aber durch den Ausdruck „Urheber" in der von Mittermaier vorgeschlagenen Bedeutung nicht beseitigt.

2) Vgl. darüber Wächter, §. 89. Feuerbach, in seiner Revision der Grundsätze des peinl. Rechts II. S. 254, erklärt den intellectuellen Urheber in der Regel für strafbarer, als den physischen; eine Ansicht, welche sich schon bei *Gandinus*, Rubr. de poenis reorum nr. 12. 13. findet, weil der Mandant nicht allein selbst ein Verbrechen begehe, sondern auch noch einen Anderen zu demselben verführe. Für geringer strafbar erklärt den in-

Digitized by Google

denjenigen intellectuellen Urheber, der in Beziehung auf das hervorgebrachte Verbrechen als der alleinige Verbrecher erscheint, weil die Thätigkeit des physischen Urhebers nicht als eine verbrecherische angesehen werden kann, ist dieses auch richtig, da eben Jeder, der das Verbrechen allein hervorbringt, auch die volle Strafe desselben erleiden muß, und auf die Art der Thätigkeit, deren er sich bediente, im Allgemeinen Nichts ankommen kann.[1]) Allein unsere Criminalisten behaupten es auch von demjenigen intellectuellen Urheber, der mit dem physischen Urheber in dem Verhältnisse einer Theilnahme steht, und weil die Thätigkeit von diesem ebenfalls als eine verbrecherische angesehen werden muß, das Verbrechen nicht allein hervorgebracht hat.

Sie haben zwar hierfür das römische Recht auf ihrer Seite, welches bei seinem vorzugsweise subjectiven Standpuncte im Allgemeinen alle Arten der Theilnahme mit gleicher Strafe und zwar mit der Strafe des wirklichen Urhebers bedroht.[2])

Allein der heutigen gemeinrechtlichen Anwendung dieses Principes stehen Theils die Bestimmungen des canonischen Rechtes,[3]) Theils die Grundsätze des einheimischen

---

tellectuellen Urheber Mittermaier, im N. A. des C. R. III, S. 143 ff., ohne jedoch den Unterschied, auf welchen es hier ankommt, ob nämlich der intellectuelle Urheber ein Theilnehmer des physischen ist, oder nicht, zu berücksichtigen.

1) S. oben S. 338.

2) Wächter, §. 88. Note 78. Mittermaier, a. a. O. §. 3. unter A. Meine Abhandlungen, B. I, S. 293 u. 298.

3) Cap. 6. §. 1. X. de homicid. V. 12. „Illi autem, qui animo occidendi, feriendi aut captandi illum sanctum et reverendum virum quondam Cantuar. Archiep. citra manuum injectionem se fatentur venisse, si de illa captione mors ejus

Rechtes entgegen, nach welchem bei Bestimmung des Strafmaßes auch das Objective des Verbrechens, der Erfolg, den Jemand durch seine Handlung hervorgebracht, nicht unberücksichtigt bleiben darf.[1]) Daher würde, um die gleiche Strafbarkeit des physischen Urhebers und desjenigen intellectuellen Urhebers, der mit jenem Theilnehmer ist, auch nach heutigem gemeinen Rechte zu begründen, nachgewiesen werden müssen, daß aus einem besonderen Grunde bei der Beurtheilung des intellectuellen Theilnehmers der objective Standpunct des germanischen Rechtes wieder aufgegeben werden müsse, oder daß hier die Principien des römischen Rechtes ungeachtet der entgegenstehenden des canonischen Rechtes noch von heutiger Anwendbarkeit seien. Dieser besondere Grund könnte aber nur in einem neueren gemeinrechtlichen Gesetze liegen und in der That berufen sich die Criminalisten nicht sowohl auf das römische Recht, als vielmehr auf den 107. Artikel der Carolina, um die gleiche Strafbarkeit dieses intellectuellen Urhebers zu rechtfertigen.

Allein nur wenn man, wie unsere Criminalisten freilich thun, nicht gehörig unterscheidet, ob bei der intellectuellen Urheberschaft auch der physische Urheber als Verbrecher mit concurrirt, oder ob jener das Verbrechen allein hervor-

---

secuta fuisset, pari poenitentia vel fere pari existerent puniendi. Illi etiam, qui non ut ferirent, sed ut percussoribus opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur, paulo minori poena debent mulctari." Vgl. Mittermaier, a. a. O. §. 3. unter B.

1) Ueber den objectiven Standpunct des germanischen Rechtes vgl. vorläufig meine Abhandlungen, Band I, S. 302 ff.; über intellectuelle Urheberschaft und über Beihülfe besonders S. 350 ff.

Digitized by Google

bringt, kann man den angeführten Artikel in diesem Sinne auslegen.

In demselben sind aber, so weit er überhaupt hierher bezogen werden kann, zwei verschiedene Bestimmungen enthalten. Zuvörderst nämlich:

„Wo aber eyner durch seinen falschen eyde jemand zu peinlicher straff schwüre, der selbig soll mit der peen, die er felschlich auff eynen andern schwüre, gestrafft werden."

Alsdann:

„Wer solch falsch schwerer mit wissen, fürsetzlich und arglistiglich darzu anrichtet, der leidet gleich peen."

Daß von der ersten der ausgehobenen Bestimmungen keines Weges eine generalisirende Anwendung auf alle diejenigen gemacht werden könne, welche die Neueren unter dem Ausdrucke „intellectueller Urheber" begreifen, bedarf nach dem Bisherigen kaum einer Bemerkung. Denn der falsche Zeuge, der einen Andern zu peinlicher Strafe geschworen, hat das Verbrechen allein begangen, und steht nicht etwa in Beziehung auf dasselbe in dem Verhältnisse einer Theilnahme mit dem Gerichte, welches auf den Grund seines Zeugnisses die peinliche Strafe erkannt hat. Es steht also hier dem so genannten intellectuellen Urheber gar kein physischer Urheber als Verbrecher und Theilnehmer gegenüber, so daß auf keinen Fall hieraus etwas für die gleiche Strafbarkeit des physischen und desjenigen intellectuellen Urhebers, der zugleich Theilnehmer von jenem ist, hergeleitet werden kann. Es ist hier nur das Talionsprincip aufgestellt für diejenigen, welche absichtlich durch falsches Zeugniß die Ursache werden, daß Jemand ungerechter Weise in peinliche Strafe genommen wird. [1])

1) Vgl. auch Art. 68 und 110.

Digitized by Google

Ebenso wenig folgt aber aus der zweiten Bestimmung für die gleiche Strafbarkeit des intellectuellen und des physischen Urhebers für den Fall, da beide in Beziehung auf das hervorgebrachte Verbrechen in dem Verhältnisse einer Theilnahme zu einander stehen. Denn es ist klar, daß in dieser Bestimmung nicht an den Meineid als solchen gedacht ist, sondern nur in sofern derselbe Mittel ist, ein anderes Verbrechen zu begehen. Die Carolina faßt nämlich den Meineid nach zwei verschiedenen Beziehungen auf, je nachdem er im Civilprocesse zeitliches Gut betrifft, oder im Criminalprocesse abgeleistet wird, um einen Unschuldigen in peinliche Strafe zu bringen. Nach diesen beiden Beziehungen, für welche auch verschiedene Strafe angeordnet ist, erscheint er aber nur als Mittel zu anderen Verbrechen, entweder einen Anderen widerrechtlich zu bevortheilen, oder ihm in Gestalt einer Strafe ein Uebel zuzufügen. Was man dabei nach dem hergebrachten Sprachgebrauche als physische Urheberschaft bezeichnen könnte, wäre allenfalls die Thätigkeit des Gerichtes, welches auf den Grund des falschen Eides den Vermögensnachtheil verhängte, oder des Nachrichters, welcher die unverdiente Strafe vollzöge. Allein es versteht sich von selbst, daß der physische Urheber hier überhaupt gar nicht Theilnehmer an dem Verbrechen und deßwegen auch nicht strafbar sein, und folglich ebenso wenig dem intellectuellen Urheber in der Strafbarkeit gleich gesetzt sein kann. Eine Theilnahme in Beziehung auf das hervorgebrachte Verbrechen findet nur Statt zwischen dem Meineidigen und demjenigen, der ihn zu dem Meineide angerichtet hatte; aber keiner von beiden kann als der physische Urheber des Verbrechens angesehen werden, zu dessen Hervorbringung der Meineid als Mittel gedient hat. Beide sind in der Strafbarkeit einander gleich gestellt; aber es

Digitized by Google

ergiebt sich aus dem Bisherigen von selbst, daß daraus Nichts für die gleiche Strafbarkeit des physischen und des intellectuellen Urhebers gefolgert werden kann. Der Grund, aus welchem Beide für gleich strafbar erklärt worden sind, liegt aber in dem Principe, nach welchem überhaupt in unserem einheimischen Rechte die verschiedenen Theilnehmer mit Strafe bedroht worden sind. Dieses Princip muß jetzt noch mit wenigen Worten angedeutet werden. [1]) Zuvor aber macht es sich nöthig, einige Bemerkungen über das Wesen der Theilnahme im Allgemeinen voraus zu schicken.

Wie schon bemerkt worden ist, kann von Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen nur in dem Falle die Rede sein, da das Verhältniß, in welchem sie zu demselben stehen, ein wirklich verbrecherisches genannt werden kann. Das Wesen des Verbrechens besteht aber darin, daß Jemand rechtswidrig, entweder dolos oder culpos die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht hat. Diese Merkmale, welche zu dem Thatbestande jedes Verbrechens gehören, müssen sich auch bei jeder Art der Theilnahme vorfinden, welche criminalrechtlich irgend in Betracht kommen soll. Die Theilnahme aber kann, wie überhaupt Nichts Allgemeines, sondern nur Besonderes Statt finden kann, nicht anders vorkommen, als in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen. [2]) Folglich kann das Verhältniß, in welchem der Theil-

1) S. oben S. 333.

2) Mehrere unterscheiden zwar zwischen bestimmter und unbestimmter Theilnahme, namentlich zwischen bestimmten und unbestimmten Gehülfen, je nachdem die Theilnahme auf eine einzelne als solche gekannte verbrecherische Unternehmung, oder je nachdem sie auf Verbrechen einer gewissen Art im Allgemeinen gerichtet war. Wächter, §. 90 Note 86 Grolman, §. 36., der für die angegebene Unterscheidung die Ausdrücke: „specieller

nehmer zu dem Verbrechen steht, kein anderes sein, als daß es durch seine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebracht war. Aber auf der anderen Seite setzt die Theilnahme an einem Verbrechen ihrem Begriffe nach nothwendig voraus, daß dasselbe, auf den Theilnehmer bezogen, nicht in seiner verbrecherischen Handlung allein seine Entstehungsursache hatte.

Wenn aber die Theilnahme nicht anders Statt findet, als in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen, und wenn dennoch ihr Wesen gerade darin besteht, daß das Verbrechen nicht durch die verbrecherische Handlung des Theilnehmers allein hervorgebracht worden war, so folgt nothwendig, daß bei der Theilnahme die Handlungen der Uebrigen, welche zu der Entstehung des Verbrechens in ver-

---

und genereller Gehülfe" gebraucht. In derselben Weise unterscheidet man auch zwischen Complot und Bande, je nachdem die verbrecherische Vereinigung zur Begehung eines bestimmten Verbrechens, oder je nachdem sie zur Verübung mehrerer einzeln noch unbestimmter Verbrechen getroffen war. Feuerbach, §. 47. Allein diese Unterscheidungen sind weder in unserem positiven Rechte, noch in der Natur der Sache gegründet. Denn ein verbrecherischer Entschluß läßt sich gar nicht anders, als in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen fassen. Es kann zwar Jemand durch sein Benehmen zu erkennen geben, daß er geneigt sei, an zukünftigen, ihm noch unbekannten Verbrechen Theil zu nehmen, z. B. durch den Eintritt in eine Räuberbande. Allein darin liegt keine Theilnahme an den noch unbekannten Verbrechen, sondern entweder ein für sich bestehendes Verbrechen, P. G. O. Art. 128., oder nur ein Grund zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln. Art. 176. Der Schlosser, welcher Nachschlüssel fertigt, ist entweder ein bestimmter Theilnehmer, l. 54. §. 4. D. 47. 2., oder er ist gar kein Theilnehmer, sondern begeht ein selbstständiges Verbrechen, nämlich eine Fälschung.

Digitized by Google

brecherischer Weise mitgewirkt, als die Handlung des Theilnehmers angesehen werden müssen. Denn außerdem könnte das Verbrechen, welches nach der im Begriffe der Theilnahme liegenden Voraussetzung nicht durch die Handlungen des Theilnehmers für sich allein genommen, hervorgebracht worden ist, gar nicht auf ihn bezogen werden, oder mit anderen Worten, außerdem würde gar nicht von Theilnahme an dem bestimmten Verbrechen die Rede sein können, da ja sonst der Theilnehmer für ein Verbrechen verantwortlich gemacht werden würde, welches nicht von ihm hervorgebracht worden wäre. Deßwegen ist oben gesagt worden, das Wesen der Theilnahme liege darin, daß die Ursachen und Kräfte, welche durch die menschliche Thätigkeit in Wirksamkeit treten, um das Verbrechen hervorzubringen, in der verbrecherischen Thätigkeit anderer Menschen bestehen, so daß derjenige, der dieselbe veranlaßt, das Verbrechen nicht allein, sondern unter fremder Mitwirkung begehe.[1]) Denn damit ist gesagt, daß die verbrecherische Thätigkeit der Anderen zu der Handlung desjenigen gehört, der sie veranlaßt und sich ihrer bedient, da, wie früher gezeigt worden ist, jede Handlung aus zwei Theilen besteht, aus der menschlichen Thätigkeit nämlich und aus den außerhalb ihrer liegenden Ursachen und Kräften, welche durch sie in Bewegung oder Wirksamkeit gesetzt werden.[2])

Es entsteht daher die Frage, wie es überhaupt geschehen könne, daß die verbrecherische Thätigkeit des Einen zu der Handlung des Anderen werde. Wenn, wie bei aller Theilnahme vorausgesetzt wird, die Thätigkeit von jenem eine wirklich verbrecherische ist, so muß dieselbe ebenfalls

1) S. oben S. 260.
2) S. oben S. 215.

Digitized by Google

die Merkmale der Rechtswidrigkeit, des dolus oder der culpa, an sich tragen. Seine Thätigkeit ist also auf jeden Fall sein eigenes Verbrechen, aus seinem eigenen verbrecherischen Entschlusse hervorgegangen, da er sonst gar nicht als Verbrecher angesehen werden könnte. Auch wenn er vielleicht ohne die Einwirkung eines Anderen den Entschluß zum Verbrechen gar nicht gefaßt haben würde, bleibt es doch sein eigener Entschluß, da dieser nach richtigen psychologischen Ansichten immer nur in ihm selbst seine Quelle haben kann. Daß nun dieser Entschluß und die aus demselben hervorgehende Thätigkeit zugleich als einem Anderen, dem Theilnehmer, angehörig erscheinen und als dessen Handlung angesehen werden könne, ist nicht anders denkbar, als daß dieser jenen Entschluß sich angeeignet und folgeweise die aus demselben hervorgehende Thätigkeit zu der seinigen gemacht hat. Ohne eine solche von Seiten des Theilnehmers ausgehende Aneignung kann derselbe, wie schon der gesunde Menschenverstand ergiebt, gar nicht zum Verbrecher werden, da der Mensch nur durch sich selbst und durch seine eigenen Handlungen und nicht durch die Handlungen anderer Menschen ein Verbrechen begehen kann. Daß aber der Theilnehmer den Entschluß eines Anderen zu seinem eigenen mache, setzt der Natur der Sache nach voraus, daß er diesen Entschluß als solchen gekannt hat, und daß es folglich nach seinem Wissen und Willen geschieht, wenn der Andere in diesem Entschlusse thätig ist und Handlungen begeht. Ohne das Wissen und den Willen, daß der Andere verbrecherisch handele, ist daher keine Theilnahme möglich, so daß es keines Weges für eine bloß willkürliche Bestimmung anzusehen ist, wenn unser positives Recht zu allen Arten der Theilnahme böse Absicht erfordert. [1])

1) L. 53. §. 2. D. 50. 16. ... sane post veterum auctori-

Die Theilnahme entsteht also durch Aneignung eines fremden verbrecherischen Entschlusses. Es darf wohl behauptet werden, daß unsere Criminalisten diese Entstehung aller Theilnahme entweder nicht gehörig erkannt, oder wenigstens nicht in ihren Consequenzen erwogen haben. Denn es wird sich zeigen, daß in der Lehre von der Theilnahme, wie sie in unsern Lehrbüchern steht, sich manche Behauptung findet, welche weder mit der angegebenen Entstehungsart aller Theilnahme, noch auch mit den Bestimmungen unseres positiven Rechtes in Uebereinstimmung zu bringen ist.

Sieht man nämlich zuvörderst auf die Art und Weise, in welcher sich der Theilnehmer den verbrecherischen Entschluß des Anderen aneignet, so kann man zwei Fälle unterscheiden. Entweder kann es wechselseitig geschehen, indem

---

tatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit. L. 50. §. 2. D. 47. 2. Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse. P. G. O. Art. 177. Martin, §. 75. spricht auch von fahrlässiger Theilnahme. Mit Recht bemerkt aber Abegg, §. 74., daß nicht die Theilnahme selbst, sondern das Verhältniß des Willens zu dem Erfolge der Thätigkeit eine Unterscheidung zwischen dolus und culpa zulasse. Mit anderen Worten, es kann keine culpose Theilnahme, sondern nur Theilnahme an einer culpa geben. Die Unmöglichkeit culposer Theilnahme folgt auch aus den früheren Bemerkungen über den juristischen Causalzusammenhang und die Verantwortlichkeit, welche Jeder für die Folgen seiner Handlungsweise zu übernehmen hat. Denn Jeder darf annehmen, so lange er nicht bestimmt das Gegentheil weiß, worin eben das Dolose besteht, daß er durch seine Handlungsweise einen Anderen weder in Verbrechen unterstützen, noch zu denselben veranlassen werde, wie denn auch in der That die Ursache des Verbrechens immer nur in dem Verbrecher selbst liegt.

Digitized by Google

zwischen dem Theilnehmer und dem Anderen eine wirkliche gegenseitige Vereinigung Statt findet, oder es kann einseitig geschehen, indem eine solche Vereinigung nicht zwischen ihnen Statt findet, sondern der Theilnehmer den Entschluß des Anderen sich aneignet, ohne daß dieser sich mit ihm wegen des zu begehenden Verbrechens in Beziehung gesetzt hat. [1])

Bei der wechselseitigen Theilnahme findet in Hinsicht des verbrecherischen Entschlusses gegenseitige Gemeinschaft Statt, so daß Beide gegenseitig in dem Verhältnisse einer Theilnahme zu einander stehen. Der Eine eignet sich den verbrecherischen Entschluß des Anderen an, so daß das von

---

1) In einer anderen Bedeutung, welche aber in dem Obigen ihre Widerlegung findet, unterscheidet Feuerbach, §. 46. zwischen einseitiger oder unvermischter und zwischen wechselseitiger oder vermischter Concurrenz der Verbrecher. Was hier wechselseitige Theilnahme genannt worden ist, und in der Carolina Art. 148. durch den Ausdruck „fürgesetzter und vereinigter Muth" bezeichnet wird, nennen die Criminalisten häufig vertragsmäßige Theilnahme, concursus pactitius, im Gegensatze der nicht vertragsmäßigen oder zufälligen, concursus repentinus s. accidentalis. Der Ausdruck „vertragsmäßig" ist aber nicht ganz passend, da die zwischen den Theilnehmern Statt findende Vereinigung weder der Sache nach Vertrag ist, noch auch immer die Form eines solchen an sich zu tragen braucht. Denn der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch welches die Contrahenten Rechte und Verbindlichkeiten gegen einander erhalten, während aus der wechselseitigen Theilnahme für keinen der Theilnehmer Rechte und Pflichten gegen den andern hervorgehen. Daher steht es auch dem Theilnehmer zu jeder Zeit frei, von der Vereinigung wieder zurück zu treten, ohne daß dem anderen eine Rechtsverletzung dadurch zugefügt würde. Die Form der Vereinigung kann zwar, aber braucht nicht nothwendig die eines Vertrages zu sein, sondern kann in jeder Weise bestehen, in welcher sich Menschen ihre Entschlüsse einander mittheilen können.

Digitized by Google

dem Anderen zu begehende Verbrechen zugleich sein eigenes wird; der Andere weiß, daß jener sich seinen verbrecherischen Entschluß angeeignet hat, und daß also er selbst das Verbrechen auch für ihn begeht. Durch dieses Wissen eignet er sich wiederum den Entschluß des Anderen an, so daß diese Art der Theilnahme durch das gegenseitige Sichaneignen des verbrecherischen Entschlusses entsteht. Ehe dieses Sichaneignen erfolgt ist, kann überhaupt noch nicht von Theilnahme die Rede sein; nachdem es aber Statt gefunden hat, hat jeder der Theilnehmer denselben Entschluß, von welchem er weiß, daß der andere ihn gefaßt hat.

Diese Sätze weichen aber von der hergebrachten Lehre wesentlich ab. Unsere Criminalisten legen besonderes Gewicht darauf, wer von den Theilnehmern den verbrecherischen Entschluß zuerst gefaßt und die Uebrigen zur Annahme desselben bestimmt habe. Namentlich soll nur derjenige intellectueller Urheber sein, der mit rechtswidrigem Vorsatze die Entstehung eines von einem Anderen ausgeführten, ursprünglich von diesem nicht beschlossenen Verbrechens verursache.[1]) Wenn der Andere, der so genannte physische Urheber, das Verbrechen auch außerdem begangen haben würde, so soll nicht von intellectueller Urheberschaft, sondern von bloßer Hülfeleistung oder nur von einem Versuche die Rede sein können. Deßwegen soll es auch auf die Beschaffenheit der Mittel ankommen, welche man angewendet habe, um einen Anderen zum Verbrechen zu bestimmen, indem nur solche Mittel, welche für den Anderen zureichende Bestimmungsgründe für die Begehung des Verbre-

1) Mittermaier, im N. A. des C. R. III. S. 125 ff. Grolman, §. 33. Note c. Martin, §. 80. Note 6. Wächter, §. 89. Note 79.

chens enthalten, intellectuelle Urheberschaft sollen begründen können. [1])

Daß diese Lehre den Bestimmungen unseres positiven Rechtes durchaus zuwider laufe und daß auf die angegebenen und ähnliche Unterscheidungen Nichts ankomme, ist schon in anderer Beziehung an einem anderen Orte von mir nachgewiesen worden. [2]) Sie widerspricht aber ebenso sehr dem, was vorhin über die Entstehungsart aller Theilnahme entwickelt worden ist. Nicht dadurch, daß ein Anderer einen verbrecherischen Entschluß faßt, sondern nur dadurch, daß man den von diesem gefaßten Entschluß sich aneignet, kann man Theilnehmer und intellectueller Urheber werden, der ja auch Nichts Anderes ist, als eine Art von Theilnehmer. Dabei ist es juristisch ganz gleichgültig, ob jener von diesem erst bestimmt worden sei, den verbrecherischen Entschluß zu fassen, oder nicht. Denn ein ausreichender Bestimmungsgrund für das Verbrechen, der auch juristisch dafür anerkannt werden könnte, kann in der Einwirkung eines Anderen nie liegen, oder es kann in Beziehung auf denjenigen, der sich hat bestimmen lassen, überhaupt nicht mehr von einem Verbrechen die Rede sein. Deßwegen steht, wie gleichfalls anderswo ausführlicher gezeigt worden ist, Mandat zu einem Verbrechen, Rathsertheilung bei Begehung desselben und selbst bloße Genehmigung eines verbrecherischen Planes auf ganz gleicher Stufe der Strafbarkeit. [3]) Diese in dem römischen Rechte unleugbar enthaltene Gleichstellung der Strafbarkeit ist aber nur eine

1) Mittermaier, a. a. O. S. 134. §. 2.

2) Meine Abhandlungen, Band I, S. 293 und vorzüglich S. 296.

3) Meine Abhandlungen a. a. O. S. 293 und 297.

Digitized by Google

Consequenz davon, daß das Wesen der Theilnahme in Nichts Anderem besteht, als in der Aneignung des von einem Anderen gefaßten verbrecherischen Entschlusses. Und so liegt darin auch die positive Bestätigung der hier vorgetragenen Behauptung.

Hiermit hängt ein anderer Punct zusammen. Mehrere Criminalisten behaupten, es sei versuchte Theilnahme, namentlich versuchte intellectuelle Urheberschaft, wenn der Antrag oder Auftrag, ein Verbrechen zu begehen, bei dem Anderen keinen Eingang gefunden habe und erfolglos geblieben sei.[1]) Daß nach römischem Rechte der Mandant nur strafbar werde, wenn der Mandatar den Auftrag des Verbrechens angenommen, ist schon an einem anderen Orte von mir gezeigt worden.[2]) Es folgt dieses aber auch daraus, daß alle Theilnahme, und mithin auch die versuchte, welche ja ebenfalls die allgemeinen Merkmale der Theilnahme an sich tragen müßte, nur durch Aneignung des verbrecherischen Entschlusses entsteht, welchen ein Anderer gefaßt hat. Ehe der verbrecherische Antrag, der dem Anderen gemacht wurde, von diesem angenommen worden, ist die Aneignung seines verbrecherischen Entschlusses von Seiten des Antragenden nicht möglich, so daß vorher auf keine Weise Theilnahme entstehen kann. Eine versuchte Theilnahme ist nur in dem Sinne denkbar, daß das Verbrechen, zu dessen Ausführung die Theilnahme Statt fand, nicht vollendet wurde. Man spricht aber, wie bereits bemerkt worden,[3])

---

1) Mittermaier, im N. A. des C. R. I, S. 178. Hefftter, §. 87. Note 2.

2) Meine Abhandlungen a. a. O. S. 294.

3) Meine Abhandlungen, a. a. O. S. 450. Hiermit hängt zusammen, was oben S. 192. bemerkt worden ist, daß sich der

in diesem Falle besser von Theilnahme an einem Versuche. [z])

Unterschied zwischen Versuch und Vollendung des Verbrechens nur auf die äußere Erscheinung desselben beziehe. Streng genommen, kann man auch nicht von versuchter Urheberschaft, sondern nur von Urheberschaft eines Versuches sprechen. Daß man auch nicht von versuchter Hülfeleistung, sondern nur von Hülfeleistung an einem Versuche sprechen könne, folgt aus denselben Gründen, da die Hülfeleistung ebenfalls Theilnahme ist. Vgl. noch darüber meine Abhandlungen, a. a. O. S. 298 und 451.

1) Wenn der Instigirte das Mandat nur scheinbar angenommen, ohne im Ernste zur Ausführung geneigt zu sein, ist weder versuchte Theilnahme, noch Theilnahme an einem Versuche, sondern wirklich vollendete Theilnahme vorhanden. Denn die scheinbare Annahme ist für den Mandanten eine wirkliche, dessen Strafbarkeit nicht dadurch begründet wird, daß er einen Anderen zu dem verbrecherischen Entschlusse bestimmt, sondern dadurch, daß er den verbrecherischen Entschluß des Anderen zu seinem eigenen macht. In der That ist dieser Fall ganz ähnlich mit dem Falle, da der Mandatar das Mandat wirklich angenommen, aber, etwa wegen eintretender Reue, zur Ausführung des Verbrechens keine weiteren Schritte gethan hatte. Und in diesem Falle ist der Mandatar straflos, während nach römischem Rechte dessenungeachtet der Mandant der vollen Strafe unterliegt. Vgl. meine Abhandlungen Band I, S. 299. Anderer Meinung ist Hefftter, §. 87. Note 2, weil er von der in dem Obigen widerlegten Ansicht ausgeht, daß die intellectuelle Haupttheilnahme oder Urheberschaft dadurch begründet werde, daß man in dem Anderen den Entschluß zur Begehung des Verbrechens hervorbringe. Zachariä, über den Versuch §. 165, nimmt, von derselben Ansicht ausgehend, bei der bloß scheinbaren Annahme des Mandates einen nicht beendigten Versuch an, während durch die gelungene Anstiftung ein beendigter Verfuch begründet werde. Allein es kommt eben nur darauf an, ob der Mandant sich den verbrecherischen Entschluß des Mandatars aneignet, und das geschieht in gleicher Weise,

Digitized by Google

Wenn endlich bei der wechselseitigen Theilnahme jeder Theilnehmer denselben verbrecherischen Entschluß hat, von welchem er weiß, daß der andere ihn hat, so folgt daraus, daß nicht ganz richtig sein kann, was von mehreren Criminalisten über den Unterschied zwischen specieller und genereller Theilnahme gelehrt wird. Unter genereller Theilnahme verstehen sie diejenige, bei welcher die Theilnehmer bloß hinsichtlich des Gattungsbegriffes des Verbrechens Theilnehmer sind, so daß sich die Theilnahme nicht mit auf die Species des Verbrechens erstrecke, deren sich der Eine oder Andere von ihnen wegen seiner besonderen Verhältnisse, oder durch seine besondere Handlungsweise schuldig mache; specielle Theilnahme dagegen nennen sie diejenige, bei welcher sie auch in Beziehung auf diese Species als Theilnehmer erscheinen. [1]) Ob aber die Theilnahme eine specielle oder generelle sei, soll davon abhängen, ob sich der Theilnehmer für seine Person in solchen Verhältnissen befand, daß die Species des Verbrechens von ihm begangen werden konnte. Die practische Bedeutung dieser Unterscheidung soll darin liegen, daß die Strafbarkeit des generellen

---

mag dieser das Mandat scheinbar oder wirklich annehmen. — In meinen Abhandlungen Band I, S. 447 f. habe ich zwar behauptet, daß der Mandant nach den Principien unseres einheimischen Rechtes straflos sei, wenn der Mandatar nicht so viel thue, um Strafe zu verwirken. Allein mit Unrecht, wie sich aus der weiter unten folgenden Entwickelung ergeben wird.

1) Wächter, §. 89. Note 80. Grolman, §. 36. Feuerbach, §. 52. Specieller Gehülfe ist darnach z. B. bei einem Hausdiebstahle, wer selbst in Kost und Lohn des Bestohlenen steht, oder bei einem Verwandtenmorde, wer selbst ein naher Verwandter des Ermordeten ist, während ein extraneus nur genereller Gehülfe sein würde.

Digitized by Google

Theilnehmers nur nach der Strafe abgemessen werden soll, welche auf die Gattung dieses Verbrechens steht, und nicht nach der Strafe, mit welcher auch die Species desselben bedroht ist, da die Strafbarkeit eines Jeden nur nach seinem eigenen Verhältnisse bestimmt werden dürfe. [1])

Allein nach dem Bisherigen darf behauptet werden, daß alle wechselseitigen Theilnehmer, so weit sie es überhaupt sind, auch specielle Theilnehmer sind. Denn das Wesen der wechselseitigen Theilnahme besteht ja gerade darin, daß sich alle Theilnehmer gegenseitig ihren verbrecherischen Entschluß angeeignet haben, so daß, wenn nur Einer von ihnen den Entschluß hatte, die Species des Verbrechens zu begehen, auch Alle, die sich denselben angeeignet, den gleichen Entschluß haben. Man wende dagegen nicht ein, bei der Species mancher Verbrechen sei es, um sich ihrer schuldig machen zu können, schlechterdings nothwendig, daß sich der Handelnde in den besonderen Verhältnissen befinde, welche zu ihrem Thatbestande vorausgesetzt werden, so daß der Theilnehmer, wenn er sich nicht in diesen Verhältnissen befinde, doch nur genereller Theilnehmer sei, d. h. nur an der Verbrechensgattung Theil genommen habe, zu welcher jene Species gehöre. [2]) Denn Theils können, wie schon oben gezeigt worden ist, die besonderen Verhältnisse, in welchen sich der Verbrecher etwa befindet, überhaupt gar nicht zu dem Thatbestande des Verbrechens gerechnet werden, [3]) Theils folgt es aus der realen Wahrheit der Dinge, daß derjenige, der sich den Entschluß eines Anderen an-

1) Hefftter, §. 87. nr. III.

2) Z. B. bei dem Verwandtenmorde, daß man selbst mit dem Ermordeten verwandt sei.

3) S. oben S. 153. Note 1.

Digitized by Google

eignet, auch an der Species des Verbrechens Theil nimmt, wenn der Entschluß desselben wirklich auf diese Species gerichtet gewesen war. In der That wird dieses in dem römischen Rechte bestätigt, welches ausdrücklich vorschreibt, daß bei dem parricidium auch der nicht verwandte Theilnehmer, der conscius extraneus, mit derselben Strafe belegt werden soll, mit welcher derjenige bedroht ist, der mit dem Getödteten in verwandtschaftlichem Verhältnisse gestanden hatte.[1]) Ebenso hat wohl noch Niemand daran gezweifelt, daß sich eines Ehebruches schuldig mache, wer,

---

1) L. 6. D. 48. 9. .. Et ait Marcianus, etiam conscios eadem poena afficiendos, non solum parricidas; proinde conscii etiam extranei eadem poena afficiendi sunt. Ohne Grund behauptet Hefftter, §. 87. Note 4. und §. 252. Note 5., daß diese Bestimmung etwas Singuläres und eine Ausnahme sei. Als Beweisstelle für die Regel, daß die Strafbarkeit des Theilnehmers nur nach seinen eigenen persönlichen Verhältnissen und nicht nach denen der anderen Theilnehmer bemessen werden müsse, beruft er sich auf l. 52. pr. D. 47. 2., worin steht, daß Jemand, welcher der ihren Ehemann bestehlenden Ehefrau helfe, wegen Diebstahls hafte, während doch die Ehefrau bekanntlich wegen des gegen den Ehemann begangenen Diebstahls nicht mit der actio furti, sondern nur mit der actio rerum amotarum belangt werden kann. Ebenso ist §. 1 und 2. eod. vorgeschrieben, daß die Ehefrau, welche einem Dritten hilft, ihren Ehemann zu bestehlen, nur der actio rerum amotarum unterliegt, während der Dritte selbst mit der actio furti belangt werden kann. Allein hieraus folgt Nichts, da gar nicht damit gesagt ist, daß die Ehefrau eine andere Art von Verbrechen begehe, wie denn auch Paulus ausdrücklich anerkennt, daß die amotio rerum ebenfalls ein furtum sei, l. 1. D. 25. 2. sondern nur, daß in honorem matrimonii die actio furti als eine turpis actio ausgeschlossen sei. L. 2. D. eod.

Digitized by Google

ohne selbst verheirathet zu sein, mit einer Verheiratheten concumbirt, wenn er nur das eheliche Verhältniß derselben kannte, und sich mithin ihren Entschluß, die Ehe zu brechen, angeeignet haben konnte.

Dagegen versteht sich von selbst, daß überhaupt von wechselseitiger Theilnahme nur so weit die Rede sein kann, als die Theilnehmer im Stande gewesen sind, sich gegenseitig ihren verbrecherischen Entschluß anzueignen. Das setzt, wie bereits bemerkt worden, voraus, daß ihnen dieser Entschluß gegenseitig bekannt sei, so daß nur, so weit diese Bekanntschaft geht, wechselseitige Theilnahme Statt finden kann. Wenn daher Einer oder der Andere der Theilnehmer noch einen besonderen Entschluß gehabt hat, den sich die Anderen, weil sie ihn nicht kannten, nicht aneignen konnten, so können sie natürlicher Weise in Beziehung hierauf nicht Theilnehmer werden. Allein damit ist eben gesagt, daß in so weit überhaupt gar keine Theilnahme Statt findet. Wegen seines besonderen Entschlusses, an welchem die Anderen nicht Theil nehmen, kann es kommen, daß der Eine noch einer besonderen Beurtheilung und Strafbarkeit unterliegt, und es würde sich darnach, da er doch daneben zugleich Theilnehmer ist, allerdings rechtfertigen lassen, wenn man ihn im Verhältnisse zu den Uebrigen speciellen Theilnehmer nennen wollte.[1]) Nur darf man dabei nicht übersehen, daß er bloß so weit specieller Theilnehmer ist, als er eigentlich gar nicht Theilnehmer ist, oder mit an-

---

1) Ziemlich übereinstimmend hiermit ist Grolman, §. 36. Note 6., indem er das Wissen oder Nichtwissen des Theilnehmers (in Ansehung des Umstandes nämlich, der das Verbrechen zum speciellen macht) ebenfalls als Unterscheidungsprincip zwischen specieller und genereller Theilnahme aufzustellen scheint.

deren Worten, daß der Grund seiner besonderen Strafbarkeit nicht darin liegt, daß die Uebrigen, weil sie sich nicht in den zum Thatbestande der Species des Verbrechens erforderlichen Verhältnissen befanden, dieselbe gar nicht begehen konnten, sondern nur darin, daß sie seinen besonderen Entschluß nicht gekannt hatten und sich folglich nicht angeeignet haben konnten.

Bei der einseitigen Theilnahme ist das Verhältniß der concurrirenden Personen ein wesentlich anderes. Das Wesen derselben besteht darin, daß der Eine sich den Entschluß des Anderen ohne dessen Wissen aneignet, so daß jener zwar zu diesem, aber nicht dieser zu jenem in dem Verhältnisse einer Theilnahme steht. Daraus folgt, daß bei dieser Theilnahme das Verhältniß desjenigen, dessen verbrecherischen Entschluß sich der Andere aneignet, durch diese Aneignung in keiner Weise verändert werden kann. Denn er steht ganz unabhängig von dem Theilnehmer da, dessen Thätigkeit keines Falles auf den Character seines Verbrechens einen verändernden Einfluß ausüben kann. Dagegen bestimmt sich das Verbrechen des Theilnehmers zunächst nach demjenigen Verbrechen, an welchem er Theil nimmt, da er ja durch seine Theilnahme dasselbe zu dem seinigen macht. Auch hierbei versteht sich aber von selbst, daß er nur so weit Theilnehmer sein kann, als ihm der verbrecherische Entschluß des Anderen bekannt ist, da eine Aneignung darüber hinaus von seiner Seite nicht gedacht werden kann. Auf diese Weise kann er ebenfalls bloß generellen Theilnehmer werden, im Verhältniß zu der Species des Verbrechens, welche der Andere begeht.[1]) Aus ähnli-

1) Wenn er z. B. nicht wußte, daß der Mord, an welchem er Theil nahm, ein Verwandtenmord war.

Digitized by Google

chem Grunde kann er aber auch specieller Theilnehmer werden, während der Andere sich nur der Gattung des Verbrechens schuldig macht, so oft er nämlich den Entschluß des Anderen sich gar nicht aneignen konnte, ohne damit zugleich einen solchen Entschluß zu fassen, daß dadurch die Species des Verbrechens begründet werden mußte. [1])

Die einseitige Theilnahme kann aber auch gegenseitig Statt finden, ohne dadurch zur wechselseitigen Theilnahme zu werden. Denn in derselben Weise, in welcher sich der Eine den Entschluß des Anderen ohne dessen Wissen aneignet, kann auch dieser sich den Entschluß von jenem ohne dessen Wissen aneignen und sich dadurch zum einseitigen Theilnehmer machen. Das setzt voraus, daß Beide denselben verbrecherischen Entschluß gefaßt gehabt und sich von einander angeeignet, ohne jedoch gegenseitig darum gewußt zu haben. In diesem Verhältnisse nimmt zwar jeder von ihnen an demjenigen Verbrechen Theil, von welchem er weiß, daß der Andere es begeht; aber dennoch unterliegen die Theilnehmer hier einer anderen Beurtheilung, als wenn sie in dem Verhältnisse einer wechselseitigen Theilnahme zu einander gestanden hätten.

Erwägt man nämlich das Verhältniß des Causalzusammenhanges, in welchem die verschiedenartigen Theilnehmer zu dem Verbrechen stehen, um welches es sich handelt, so ist zwar nach dem Bisherigen nicht zu verkennen, daß dasselbe als von jedem Theilnehmer hervorgebracht angesehen werden muß. Allein daraus folgt nicht, daß alle Theilnehmer unbedingt gleicher Strafbarkeit unterliegen müs-

---

1) Wenn z. B. die von einem extraneus verübte Ermordung, an welcher er Theil nahm, gegen einen Verwandten des Theilnehmers ging.

Digitized by Google

sen. Vielmehr wird hier die Verschiedenheit des subjectiven und des objectiven Gesichtspunctes denselben Einfluß ausüben müssen, der sich in der verschiedenen Strafbarkeit des versuchten und des vollendeten Verbrechens geltend macht.

Nach dem subjectiven Standpuncte, den bekanntlich das römische Recht einnimmt,[1]) kann die gleiche Strafbarkeit aller Theilnehmer keinem Zweifel unterliegen.[2]) Denn jeder Theilnehmer hat den bösen Willen, daß das Verbrechen, an welchem er Theil nimmt, wirklich begangen werde, und der Beweis dafür wird eben durch seine Theilnahme geliefert. Darum muß zwar die Aneignung des verbrecherischen Entschlusses und die dadurch begründete Theilnahme immer in einer äußerlich erkennbaren Handlung bestehen, da der bloße Gedanke noch nicht in das Gebiet des Rechtes fällt und keinen juristischen Beweis für das Dasein jenes bösen Willens abgeben kann;[3]) allein jede Handlung, welche überhaupt diesen Beweis liefert, muß nach dem subjectiven Standpuncte auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen. Denn der Wille, daß das Verbrechen begangen werde,[4]) ohne welchen es überhaupt keine Theil-

---

1) Vgl. darüber meine Abhandlungen, Band I, S. 78 f.

2) Meine Abhandlungen, a. a. O. S. 293 ff.

3) Meine Abhandlungen, a. a. O. S. 299 und 300. Daß die sogenannte Begünstigung vor der That, d. h. das bloße Wissen und Nichtverhindern eines zu begehenden Verbrechens noch keine Theilnahme und im Allgemeinen nicht strafbar sei, darüber s. oben S. 236. und meine Abhandlungen, a. a. O. S. 299. und 471.

4) Darnach ergiebt sich von selbst, in wiefern Hülfeleistung, die sich erst nach vollbrachtem Verbrechen äußert, so genannte Begünstigung nach der That, wirkliche Theilnahme sei. Zu der Theilnahme gehört der Wille, daß das Verbrechen begangen werde, so

Digitized by Google

nahme giebt, ist durchaus derselbe, mag er sich durch diese oder jene Handlung zu erkennen gegeben haben. Es ist darum nur consequent, daß im römischen Rechte im Allgemeinen gar keine verschiedenen Arten der Theilnehmer unterschieden, sondern alle mit derselben Strafe als der Urheber bedroht werden.[1])

---

daß sich dieser Wille auf das noch in der Zukunft liegende Verbrechen beziehen muß. Aneignung eines fremden verbrecherischen Entschlusses, nachdem das Verbrechen bereits verübt worden, ist logisch unmöglich, da der Entschluß, den sich der Theilnehmer aneignet, ja ebenfalls darauf geht, daß dasselbe begangen werde. Höchstens würde in dieser Aneignung der Wille liegen, das Verbrechen begangen zu haben. Daher kann in der Begünstigung nur in sofern sie vorher versprochen war, wirkliche Theilnahme, außerdem, so weit sie überhaupt strafbar ist, nur ein selbstständiges Verbrechen enthalten sein. Martin, §. 73. Henke, Handbuch §. 43. Der Art. 177. der P. G. O. spricht auch nur von dem, der einen Missethäter zu Uebung der Missethat Hülfe, Beistand oder Förderung thut, und setzt also das noch zu begehende Verbrechen voraus. Anderer Meinung ist Wächter, §. 90. Note 89., vorzüglich weil in Art. 40. der P. G. O. die Begünstigung mit zu der Hülfeleistung gerechnet werde. Allein die in diesem Art. beschriebenen Handlungen werden gar nicht zu dem Zwecke aufgeführt, um den Begriff der Theilnahme aufzustellen, oder das Verhältniß ihrer Strafbarkeit zu bestimmen, sondern nur in sofern in ihnen genugsame Anzeige zur peinlichen Frage enthalten ist.

1) Bekanntlich ist es ungemein bestritten, wie der Begriff von Urhebern, Miturhebern und Gehülfen zu bestimmen sei, und wodurch der Unterschied zwischen ihnen begründet werde. Vgl. darüber Wächter, §. 88. Note 78. So viel ist indessen gewiß, daß der Unterschied nicht nach subjectiven Rücksichten bestimmt werden kann, wie unter Andern Wächter a. a. O. und Henke, Handbuch Band I, S. 525 ff. wollen. Nach den genannten Rechtslehrern soll es hauptsächlich darauf ankommen, ob der Handelnde das Verbrechen selbst unmittelbar wollte, oder ob er nur ein frem-

Digitized by Google

Anders dagegen nach dem objectiven Standpuncte des germanischen Rechtes, welches zwischen Versuch und Vollendung unterscheidet, und auch für die verschiedenen Arten der Theilnahme verschiedene Strafe verordnet. Nach diesem Standpuncte ist zwar das Subjective des Verbrechens ebenfalls von großer Bedeutung, indem zwischen dolus und culpa unterschieden, und der Versuch, wenn auch nicht mit der vollen Strafe des Verbrechens, doch wegen des durch ihn bekundeten bösen Willens bestraft wird; allein daneben wird auch das Objective des Verbrechens berück-

---

des Verbrechen unterstützen wollte, so daß er gar kein selbstständiges unmittelbares Interesse dabei hatte, daß das Verbrechen von dem Urheber wirklich ausgeführt würde. Allein wer zu einem fremden Verbrechen helfen will, der hat den Willen, daß dieses Verbrechen begangen werde, und gerade hierin besteht sein Interesse. Es mag sein, daß in manchen Fällen das Verbrechen für den Gehülfen in sofern ein fremdes ist, als er die Früchte und den Genuß desselben nicht unmittelbar für sich will; allein dessenungeachtet kann er nie sagen, daß er das Verbrechen nicht gewollt habe, oder daß er etwas Anderes gewollt habe, als das Verbrechen. Die weitere Absicht, welche er vielleicht gehabt, etwa sich dem Urheber gefällig zu erweisen, oder den erwarteten Lohn zu erhalten, kann juristisch ebenso wenig in Betracht kommen, als der Mörder aufhört, Mörder zu sein, wenn er nur das Beste seines Opfers zu erreichen beabsichtigte, oder als es kein Diebstahl ist, zu wohlthätigen Zwecken zu stehlen. Auch steht diese Ansicht in directem Widerspruche mit dem römischen Rechte. L. 54. §. 4. D. eod. wo es ausdrücklich heißt, daß gegen den Gehülfen die actio furti begründet sei, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; und l. 50. §. 1. eod. „Ope consilio furtum factum Celsus ait, non solum si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed etsi non ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit.“

sichtigt, der äußere rechtsverletzende oder gesetzwidrige Erfolg, der Jemandes Handlungsweise als Ursache zugeschrieben werden kann. Zum Beweise dafür dient die geringere Strafe des Versuches im Verhältnisse zu der Vollendung des Verbrechens, wie früher ausführlich gezeigt worden ist;[1]) in wiefern sich dieser Einfluß des objectiven Gesichtspunctes auch bei Beurtheilung der verschiedenen Arten der Theilnahme geltend machen müsse, ist jetzt noch zu zeigen übrig.

Der Theilnehmer bringt zwar das Verbrechen hervor, indem er durch die oft besprochene Aneignung die Thätigkeit der Anderen zu der seinigen macht. Allein daraus folgt noch nicht, daß in jeder Theilnahme in der Weise die Ursache für die vorliegende objective Existenz des Verbrechens liege, daß dasselbe nicht noch daneben in einer anderen Handlung seine ausschließliche und alleinige Entstehungsursache haben könnte. Denn das Wesen der Theilnahme besteht ja gerade darin, daß Mehrere bei der Hervorbringung des Verbrechens concurrirten. Darum ist sehr wohl der Fall denkbar, daß der Grund der objectiven Existenz des Verbrechens zwar in der Handlung des einen Theilnehmers, aber nicht zugleich auch in der Handlung des anderen liegt; so oft nämlich diese letztere gar nicht zur unmittelbaren Ausführung des Verbrechens gehörte, und die Existenz desselben aus jener allein hergeleitet werden kann. Das Verhältniß der Theilnahme zwischen Beiden in Beziehung auf das hervorgebrachte Verbrechen wird zwar dadurch nicht aufgehoben. Aber bei dem einen, aus dessen Handlung das hervorgebrachte Verbrechen allein hergeleitet werden kann, wird der Begriff des Theilnehmers absorbirt

1) Meine Abhandlungen, B. I, Cap. 3, 4, 5.

Digitized by Google

durch den Begriff des Urhebers; von dem Anderen bleibt es zwar auch wahr, daß er das Verbrechen hervorgebracht hat, weil die Handlung von jenem auch die seinige ist; allein es bedurfte seiner Handlung nicht, um das Verbrechen zur Existenz zu bringen, wenn, wie vorausgesetzt wird, dasselbe aus der Handlung von jenem allein hervorgegangen war. Nach dem subjectiven Standpuncte stehen Beide auf gleicher Stufe der Strafbarkeit, da ihr böser Wille auf dasselbe Verbrechen gerichtet und bei Beiden auch zur äußerlich erkennbaren Handlung geworden ist; nach dem objectiven Gesichtspuncte dagegen ist derjenige Theilnehmer, welcher zugleich Urheber ist, unstreitig der strafbarere. Denn von seiner Handlung steht es mit juristischer Gewißheit fest, daß ohne dieselbe das Verbrechen ungeschehen geblieben sein würde; von der Handlung des Anderen kann dagegen nicht behauptet werden, daß das Verbrechen durch sie geschehen sei, da es außerdem nicht, wie hier vorausgesetzt wird, in der Handlung von jenem die alleinige Ursache seiner objectiven Existenz haben könnte. In gleichem Grade strafbar, als der Urheber, werden nach dem objectiven Gesichtspuncte nur diejenigen Theilnehmer sein können, von deren Handlungen es mit juristischer Gewißheit fest steht, daß ohne sie die Handlungen der Anderen nicht zu dem Verbrechen geführt haben würden. In der That sind nach diesem Grundsatze die Theilnehmer in der Carolina von einander unterschieden und mit verschiedener Strafe bedroht. Daß nicht sämmtliche Theilnehmer auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen, ist im Allgemeinen anerkannt im Art. 177., wo es heißt:

„Item, so jemand eynem mißthäter zu übung eyner mißthatt wissentlicher und geverlicher weiß einicherlei hilff, beistand oder förderung, wie das alles namen hat, thut,

ist peinlich zu straffen, als aber vorsteht, inn eynem fall anderst dann in dem andern."

Ueber das Princip aber, nach welchem die verschiedene Strafbarkeit der Theilnehmer zu bestimmen sei, wird in dem angegebenen Artikel auf einen vorstehenden Artikel verwiesen, womit kein anderer gemeint sein kann, als der Art. 148., in welchem diejenigen, die einander in Morden, Schlagen und Rumoren fürsetzlich oder unfürsetzlich Beistandt thun, mit Strafe bedroht werden.

In diesem Artikel heißt es zuvörderst:

„Item, so etlich personen mit fürgesetztem und vereynigtem willen und muth jemandt böβlich zu ermorden einander hilff und beistandt thun, dieselben thätter alle haben das Leben verwirkt."

Daß hier von wechselseitiger Theilnahme die Rede sei, braucht kaum bemerkt zu werden. Es entsteht aber die Frage, ob die angeführten Worte auf alle wechselseitigen Theilnehmer ohne Ausnahme bezogen werden können. Die Worte selbst ergeben, daß die Antwort verneinend ausfallen muß. Denn es ist nur von „hilff und beistandt thun" und von „thättern" die Rede, so daß die rein intellectuellen Theilnehmer, welche gar nicht physisch mitwirken, zur Hervorbringung des Verbrechens in der Disposition des Artikels nicht mit begriffen zu sein scheinen. Es ist aber in der That nur eine Folgerung aus dem angedeuteten objectiven Gesichtspuncte, daß der rein intellectuelle Theilnehmer mit den Uebrigen, die das Verbrechen unmittelbar hervorgebracht, in der Strafbarkeit nicht gleichgestellt worden ist. Denn von dem rein intellectuellen Theilnehmer kann niemals gesagt werden, daß in seiner Thätigkeit der Grund der objectiven Existenz des Verbrechens liege. Dieser Grund

Digitized by Google

liegt vielmehr nur in den Handlungen, welche unmittelbar zur Ausübung desselben gehören. Diese Handlungen würden die Existenz des Verbrechens ebenfalls haben herbeiführen müssen, auch wenn die Theilnahme des rein intellectuellen Theilnehmers nicht vorhanden gewesen wäre. Vielleicht wären jene Handlungen ohne diese Theilnahme gar nicht begangen und folglich das Verbrechen nicht zur Existenz gebracht worden; allein dadurch wird nicht aufgehoben, daß in ihnen der alleinige Grund seiner objectiven Existenz liegt. Denn es würde eben alsdann nur gesagt werden können, daß ohne die Theilnahme der alleinige Grund nicht vorhanden gewesen sein würde, keines Weges aber, daß ohne sie die Handlungen der eigentlichen Thäter nicht zu dem Verbrechen geführt haben würden. Wenn aber die Handlungen, welche zur unmittelbaren Ausführung des Verbrechens gehören, auch unter der Voraussetzung, daß sie ohne die rein intellectuelle Theilnahme gar nicht begangen worden sein würden, nicht aufhören, der alleinige Grund der objectiven Existenz des Verbrechens zu sein, so folgt daraus von selbst, daß in der rein intellectuellen Theilnahme auch nicht ein Mal ein mitwirkender Grund für diese objective Existenz anerkannt werden kann. Denn die Theilnahme kann auf keinen Fall für den eigentlichen Thäter und Urheber ein hinreichender, auch juristisch dafür anerkennbarer Bestimmungsgrund sein, das Verbrechen zu begehen, so daß die Handlung, durch welche es begangen, immer nur in ihm selbst ihre Ursache gehabt haben kann. Der rein intellectuelle Theilnehmer kann daher nach dem objectiven Gesichtspuncte nicht in gleichem Grade strafbar sein mit denen, welche das Verbrechen unmittelbar hervorgebracht haben. Daß die im Art. 107. der P. G. O. gegen den Meineidigen und den Anstifter zum Meineide aus-

Digitized by Google

gesprochene gleiche Strafbarkeit nicht das Gegentheil beweise, ist schon früher gezeigt worden. [1])

Wegen Gleichheit des Grundes müssen aber dem rein intellectuellen Theilnehmer, dessen Thätigkeit sich auf bloße Theilnahme an der Verschwörung, auf Rathsertheilung, Mandat oder Genehmigung beschränkte, diejenigen Theilnehmer gleich geachtet werden, deren Thätigkeit zwar über das rein Intellectuelle hinaus ging, aber doch nicht in solchen Handlungen bestand, welche zur wirklichen Ausführung des Verbrechens gehörten. Dahin gehören alle Handlungen, welche, wie das Leihen der zur Verübung des Verbrechens nöthigen Instrumente und Geräthschaften, das Befördern an den Ort des Verbrechens, das Bereiten der Gelegenheit, das noch gar nicht angefangene Verbrechen betreffen. Ebenso gehören dahin alle Handlungen, die sich nur auf das bereits begangene Verbrechen beziehen, wie die Beförderung der Flucht des Verbrechers, Vertilgung der Spuren des Verbrechens und ähnliche Handlungen. Denn im Grunde wirken in Beziehung auf das auszuführende Verbrechen alle diese Handlungen ebenfalls nicht anders, als die rein intellectuelle Theilnahme, in sofern nämlich durch sie der Beginn des Verbrechens dem eigentlichen Thäter thunlicher und rathsamer gemacht werden kann. Wenn es auch richtig sein mag, daß in diesen Handlungen ein stärkerer Grund liegt, denselben zu seiner Handlung zu ermuntern und zu bestimmen, als in der rein intellectuellen Theilnahme eines Anderen, und wenn es selbst im einzelnen Falle wahrscheinlich sein sollte, daß der eigentliche Thäter nur aus Rücksicht auf dieselben sich zur Ausführung des Verbrechens entschlossen,

1) S. oben S. 344.

Digitized by Google

so kann doch keines Falles der juristisch anerkennbare Grund für die objective Existenz des Verbrechens darin gefunden werden. Müßte man doch außerdem annehmen, der Grund für die objective Existenz eines Diebstahles liege in der günstigen Gelegenheit, ohne welche der Dieb vielleicht wirklich nicht gestohlen haben würde, oder eines Mordes in dem Umstande, daß der Getödtete sich gerade an den Ort begeben, an welchem der Verbrecher ihm aufgelauert hatte. Der Streich, welchen der Mörder führt, oder das Gift, welches er eingiebt, wird nicht dadurch tödtlich, daß ein Anderer ihm den Dolch oder das Gift dargeliehen hatte oder behülflich gewesen war, durch die Flucht zu entkommen.

Theilnahmehandlungen dieser Art werden also nach dem objectiven Gesichtspuncte ebenso wenig als die rein intellectuelle Theilnahme mit der Strafe des Urhebers belegt werden können. Denn auch von ihnen läßt sich nicht sagen, daß das Verbrechen durch dieselben geschehen sei, oder daß es ohne dieselben nicht aus den Handlungen derer, durch welche es zur Existenz gebracht worden, hervorgegangen sein würde. Höchstens ließe sich im einzelnen Falle behaupten, daß der eigentliche Thäter ohne diese Theilnahmehandlungen gar nicht in Thätigkeit getreten sein würde; allein dadurch wird nicht aufgehoben, daß das Verbrechen in dieser Thätigkeit die alleinige Ursache seiner objectiven Existenz hat. Ueberdieß trifft auch von diesen Theilnahmehandlungen ein, was von der rein intellectuellen Theilnahme gilt, daß in ihnen für den eigentlichen Thäter kein juristisch anerkennbarer Bestimmungsgrund liegt, seine verbrecherische Handlung zu unternehmen. Die in dem Art. 148. vorkommenden Ausdrücke „Hülfe thun" und „Thäter" lassen sich zwar auch auf Theilnahmehandlungen dieser Art beziehen, so daß nach der bloßen Wortfassung für

Digitized by Google

sie die gleiche Strafe ausgesprochen sein könnte, welche für den Urheber bestimmt ist. Allein diese Auslegung würde sich mit dem objectiven Gesichtspuncte nicht in Einklang bringen lassen. Dieser objective Gesichtspunct ist aber das Grundprincip, aus welchem überhaupt die von dem römischen Rechte abweichenden Bestimmungen über die verschiedene Strafbarkeit der Theilnehmer hervorgegangen sind. Deßwegen muß schon von vorne herein jede Auslegung verwerflich erscheinen, durch welche dieses Princip selbst wieder aufgehoben werden würde. Ueberdieß steht Nichts im Wege, diese Worte in einem engeren Sinne auszulegen, der mit dem objectiven Gesichtspuncte in Uebereinstimmung steht.

Welches dieser engere Sinn sei, ist schon in dem Früheren angedeutet worden, wo gesagt worden ist, daß nach dem objectiven Gesichtspuncte nur diejenigen Theilnehmer in gleichem Grade, als der Urheber, strafbar sein können, von deren Handlungen es mit juristischer Gewißheit fest stehe, daß ohne sie aus den Handlungen der Anderen das Verbrechen nicht in der geschehenen Weise hervorgegangen sein würde. Es wird daher darauf ankommen, von welchen Handlungen dieses mit juristischer Gewißheit angenommen werden könne. Die Entscheidung wird hier aber verschieden ausfallen müssen, je nachdem es sich um wechselseitige oder um einseitige Theilnahme handelt.

Bei der wechselseitigen Theilnahme, deren Wesen in dem vereinigten Willen und Muth besteht, muß offenbar jede Theilnahmehandlung, auf deren Mitwirkung von den Anderen gerechnet war, damit aus ihren Handlungen der verbrecherische Erfolg hervorgehen könne, für eine solche Handlung angesehen werden, ohne welche derselbe aus ihnen nicht in der geschehenen Weise hervorgegangen sein

Digitized by Google

würde. Denn wegen der wechselseitigen Uebereinkunft sind sämmtliche Theilnahmehandlungen, auf deren Mitwirkung von den Anderen gerechnet war, als eine jedem von ihnen angehörige Gesammthandlung zu betrachten, welche nicht diejenige gewesen wäre, die sie wirklich gewesen ist, wenn die eine oder die andere Theilnahmehandlung nicht begangen worden wäre. Das Verbrechen wäre also ohne die Theilnahmehandlung des Einen oder Anderen durch eine andere Handlung und folglich nicht in derjenigen Weise hervorgebracht worden, in welcher es wirklich hervorgebracht worden ist. Es läßt sich darum auch von allen Theilnahmehandlungen, auf deren Mitwirkung von den Anderen gerechnet war, sagen, daß ohne sie das Verbrechen nicht aus den Handlungen derselben in der geschehenen Weise hervorgegangen sein würde. Darum müssen bei der wechselseitigen Theilnahme alle solchen Theilnehmer in gleichem Maße strafbar sein, und zwar in demselben Maße, in welchem der Urheber strafbar ist. Denn sie sind in der That Urheber, und können passend Miturheber genannt werden, da jeder von ihnen das Verbrechen nicht nur hervorgebracht hat, was in gewisser Hinsicht auch bei dem rein intellectuellen Theilnehmer der Fall ist, sondern da auch von jedem von ihnen gesagt werden kann, daß ohne seine Handlung das Verbrechen nicht in der geschehenen Weise zur Existenz gekommen sein würde.

Daraus folgt zwar auf der einen Seite von selbst, daß solche Theilnahmehandlungen, welche bloß den Zweck hatten, die noch nicht begonnenen Handlungen der Anderen vorzubereiten, oder zu begünstigen, nicht zu den Handlungen gehören können, ohne welche das Verbrechen nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der Uebrigen hervorgegangen sein würde. Denn sowie diese Handlungen selbst

Digitized by Google

nicht zur wirklichen Ausführung des Verbrechens gehören, so können auch die Anderen nicht auf die Mitwirkung derselben rechnen, damit aus ihren Handlungen der verbrecherische Erfolg hervorgehe. Nur in so weit können die Anderen auf solche Theilnahmehandlungen rechnen, als sie sich durch dieselben bestimmen lassen können, ob sie überhaupt ihre Handlungen vornehmen sollen, oder nicht; keines Weges aber können sie von solchen Theilnahmehandlungen in der Art eine Mitwirkung erwarten, daß ihre eigenen Handlungen in Folge derselben eine andere Wirkung haben sollten, als sie außerdem gehabt hätten. Denn die Wirkung einer Handlung kann nicht dadurch verändert werden, daß es durch eine andere Handlung erleichtert oder rathsamer gemacht wird, dieselbe zu begehen.

Aber auf der anderen Seite kann Nichts darauf ankommen, ob die eine oder andere solcher Theilnahmehandlungen, auf deren Mitwirkung wirklich gerechnet werden konnte, für sich und ohne Rücksicht auf die Mitwirkung der übrigen genommen, mehr oder weniger im Stande gewesen wäre, das Verbrechen zur Existenz zu bringen. Denn alle solche Theilnahmehandlungen sind in gleichem Maße Bestandtheile der Gesammthandlung, ohne welche das Verbrechen nicht in der geschehenen Weise vollbracht worden wäre. Es mag sein, daß im einzelnen Falle die Handlungen der Uebrigen genügt haben würden, das Verbrechen hervorzubringen, auch wenn die Handlung des Einen nicht hinzugekommen wäre; allein es kann nicht auf das ankommen, was geschehen sein würde, sondern auf das, was geschehen ist, und es ist Thatsache, daß das Verbrechen durch die Mitwirkung sämmtlicher Handlungen hervorgebracht worden ist. Wenn einer der Theilnehmer seine versprochene Handlung, auf deren Mitwirkung die Anderen

Digitized by Google

rechneten, nicht leistete, und das Verbrechen dennoch zur Existenz gebracht wurde, so ist dasselbe zuverlässig in anderer Weise vollbracht worden, als wenn Jener durch seine Handlung auch noch mitgewirkt hätte; es läßt sich deßwegen in diesem Falle nicht sagen, daß seine Handlung, auch wenn sie begangen worden wäre, zur Existenz des Verbrechens nicht mitgewirkt haben würde, sondern nur, daß dasselbe auch noch in anderer Weise, als unter Voraussetzung jener Mitwirkung geschehen sein würde, zur Existenz gebracht werden konnte. Deßwegen ist auch klar, daß der Theilnehmer, welcher seine zugesagte Mitwirkung nicht leistete, auch wirklich nicht zur objectiven Existenz des Verbrechens beigetragen hat, und darum mit den Anderen, welche dieses durch ihre Handlungen wirklich gethan haben, nicht auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen kann. Er ist vielmehr in diesem Falle rein intellectueller Theilnehmer, von welchem durchaus gilt, was bereits früher darüber bemerkt worden ist.[1])

In dem eben erläuterten engeren Sinne, daß nämlich solche Handlungen darunter zu verstehen sind, auf deren Mitwirkung von den Anderen gerechnet war, damit aus ihren Handlungen der verbrecherische Erfolg hervorgehe, sind aber die oben erwähnten Ausdrücke „hilff und beistandt thun" und „thätter" auszulegen, wenn der Artikel selbst keinen Widerspruch enthalten soll gegen das objective Princip, aus welchem er hervorgegangen ist. Die Ausdrücke selbst stehen dieser Auslegung nicht entgegen; dieselbe wird noch unterstützt durch die Ueberschrift des Artikels, welche lautet: „Straff derjhenen, so eynander inn morden,

1) S. oben S. 367 f.

schlahen und rumoren fürsetzlich oder unfürsetzlich beistandt thun" und sich auf den ganzen Artikel, folglich auch auf diejenigen bezieht, die mit „fürgesetztem und vereynigtem willen und mut" einander Hülfe und Beistand leisten. Denn die Theilnahmehandlungen, welche zu der objectiven Existenz des Verbrechens mitgewirkt haben, müssen in dem Morden und Schlagen, oder bei demselben und während desselben Statt gefunden haben,[1]) da alle Theilnahme-

---

1) Nach den alten Volksrechten wurden sogar nur diejenigen Complotanten mit der vollen Strafe belegt, welche dem Ermordeten wirklich Wunden zugefügt hatten. Lex Sal. ref. tit. XLIV. §. 1. „Si quis collecto contubernio hominem ingenuum in domo sua adsalierit, et ibidem eum occiderit, XXIV (millibus) denar. qui faciunt sol. DC culp. jud. §. 3. eod. Quodsi corpus occisi hominis tres plagas vel amplius habuerit, tres qui inculpantur, et quod in eo contubernio fuissent, convincuntur, legem superius comprehensam singulatim cogantur exsolvere. Alii vero tres de eodem contubernio IIIDC den. qui faciunt sol. XC unusquisque illorum culp. judicetur. Et tres adhuc in tertio loco de eodem contubernio IDCCC den. qui faciunt sol. XLV singuli eorum cogantur exsolvere." Daß immer je Drei in verschiedenem Grade bestraft werden, ist allerdings sonderbar; jedes Falles geht aus der ganzen Bestimmung hervor, daß nur Einer der Complotanten mit der vollen Strafe belegt wurde, wenn dem Ermordeten nur eine einzige Wunde zugefügt war, und daß die Uebrigen, auch wenn sie zugegen gewesen waren, geringerer Strafe unterlagen. Aehnlich in L. Visig. VI. 5. §. 12. „Si ingenui quilibet ex communi consilio homicidium perpetrare deliberaverint, illi, qui fortasse percusserint aut quocunque ictu hominem interfecerint, morte damnandi sunt. Illi vero, qui cum iis consilium habuisse reperiuntur, quamvis non percusserint, propter iniquum tamen consilium ducentorum flagellorum ictus publice extensi, et

handlungen, welche vorher oder nachher oder entfernt von dem Orte des Verbrechens Statt fanden, offenbar nur solche gewesen sein können, die sich auf die Vorbereitung, Erleichterung oder Begünstigung derjenigen Handlungen bezogen, durch welche das Verbrechen unmittelbar in Ausführung gebracht wurde. [1]) Die gleiche Strafbarkeit, welche

---

decalvationis foeditatem passuri sint..." Noch im Sachsenspiegel, Buch III. Art. 46. heißt es: „Umb eine wunden mag man nicht mehr, dann einen Mann beklagen. Doch so mag man Raths und Hülfe mehr Leute daran beschuldigen, ob man will", so daß es scheint, die Anderen konnten, auch wenn sie den Verwundeten etwa gehalten hatten, doch nicht wegen der Wunde selbst in Anspruch genommen werden. Feiner und richtiger ist dagegen das Verhältniß im Schwabenspiegel aufgefaßt, indem daselbst anerkannt ist, daß Jemand zur objectiven Existenz einer Wunde mitgewirkt haben könne, auch ohne daß er gerade mit geschlagen habe; Cap. 174: „Und ist, daß ein Mann oder mehr Leut einen anlaufen und ihn wunden einer Wunden oder mehr, wer die Wunden geschlagen hat, der soll sie auch büßen; die Anderen, die dabei waren, und haben sie weder gestochen, noch geschlagen, noch jenen gehabt, der da wundt ist, so sind sie an der Wunden unschuldig; haben aber sie bloße Waffen angehabt, da haben sie mit gefrevelt, das sollen sie büßen dem Wunden und auch dem Richter nach dem Recht, als dann da gesetzt ist. Doch setzen wir nicht höher Buß, dann ein Pfund der Landpfenning." Darnach waren zwar diejenigen, die mit gezogenen Waffen zugegen gewesen waren, dem Verwundeten auch Buße schuldig, aber geringere, als diejenigen, denen Schuld an der Wunde selbst zugeschrieben wurde. Vgl. Cap. 162. Wer dagegen den Verwundeten gehabt, d. h. gehalten hatte, mußte für die Wunde selbst büßen, ohne Zweifel, weil er als mitwirkend angesehen wurde.

1) Auch *Jul. Clarus*, §. homicidium nr. 37. erklärt nur diejenigen Complottanten, qui ipso homicidio intervenerunt, für gleich strafbar, als die Urheber.

Digitized by Google

gegen alle zur objectiven Existenz des Verbrechens mitwirkenden Theilnehmer ausgesprochen ist, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit ihrer Handlung im Einzelnen,[1]) beruht nicht auf dem subjectiven Grunde, daß sie sämmtlich die gleiche böse Absicht gehabt haben, oder darauf, daß sie

---

1) Daß es gleichgültig ist, ob die einzelnen Complotanten mehr oder minder schwere Streiche führten, oder ob sie den Ermordeten etwa bloß hielten, damit er sich gegen die Streiche der Anderen nicht vertheidigen könne, ergiebt sich aus dem Obigen von selbst. Es kommt eben darauf an, daß von den Anderen auf die Mitwirkung ihrer Handlungen gerechnet war. Darnach beurtheilt sich auch, in wie weit bloße Gegenwart an dem Orte des Verbrechens als Mitwirkung angesehen werden könne. Sie ist nämlich immer mitwirkend, wenn auf ihre Mitwirkung gerechnet war, und sie in der That so weit mitgewirkt hatte, als darauf gerechnet war. Daher ist es z. B. Mitwirkung, wenn der Theilnehmer zu dem Zwecke mitgegangen war, den Angefallenen an der Flucht zu verhindern oder Andere von seiner Vertheidigung abzuhalten, so oft das in der That geschehen war. Auch ist es Mitwirkung, wenn nach verabredetem Plane der eine Theilnehmer dem anderen an dem Orte des Verbrechens die zu Verübung desselben etwa nöthigen Geräthschaften übergiebt oder ihn in Stand setzt, von denselben bei der bereits von ihm begonnenen Handlung Gebrauch zu machen. Denn alsdann sind diese Handlungen nicht mehr bloß vorbereitende, sondern zur unmittelbaren Ausführung gehörige, ohne welche die von dem Anderen bereits begonnene Handlung gar nicht diejenige gewesen wäre, die sie wirklich gewesen ist, und folglich auch nicht in der geschehenen Weise zu dem hervorgebrachten Erfolge hätte führen können. Ebenso ist es Mitwirkung, wenn der eine Theilnehmer nach verabredetem Plane den zu Ermordenden an den Ort bringt, an welchem der Andere ihm auflauert, da auch hierdurch die Handlung von diesem nicht vorbereitet, sondern die bereits begonnene zu derjenigen gemacht wird, aus welcher der Erfolg in der geschehenen Weise hervorgehen konnte. Dagegen kann bloßes Wache-

Digitized by Google

sämmtlich wenigstens intellectuelle Urheber des Verbrechens sind, indem die Anderen sich außerdem nicht zur Begehung des Verbrechens entschlossen haben würden, sondern auf dem rein objectiven Grunde, daß in jeder ihrer Handlungen in gleichem Maße die Ursache der objectiven Existenz des Verbrechens liegt. [x])

---

stehen, wenn es nicht etwa für den wirklich eingetretenen Fall geschehen war, Andere abzuwehren, die dem Angefallenen zu Hülfe kommen wollten, sondern nur, um den Thäter nöthiges Falles an die Flucht zu erinnern, nicht als Mitwirkung angesehen werden. Denn alsdann ist auf diese Handlung nicht gerechnet, damit durch ihre Mitwirkung die Handlung des Anderen zu dem Erfolge führe, sondern nur, damit es ihm rathsamer werde, seine Handlung überhaupt zu begehen. Anderer Meinung ist mit vielen Anderen Stübel, über den Thatbestand §. 64., weil er unrichtiger Weise darauf Gewicht legt, daß die Anderen dadurch an Muth und Entschlossenheit gewinnen.

1) Daraus ergiebt sich von selbst, was oben im Texte gesagt worden ist, daß der Theilnehmer die Mitwirkung nicht bloß versprochen, sondern auch die versprochene wirklich geleistet haben müsse, wenn er als Mitwirkender erscheinen solle. In Ansehung der Beihülfe, welche vor oder bei der That geleistet werden solle, stimmt zwar Stübel, a. a. O. §. 62., wenigstens theilweise überein, indem er verlangt, daß der Mitverschworene sein Versprechen erfüllt haben müsse, um als Miturheber zu gelten. Aber er geht von dem falschen Grundprincipe aus, daß es dabei darauf ankomme, ob die Anderen von ihm zur Begehung des Verbrechens bestimmt worden, und kommt dadurch zu dem unrichtigen Resultate, daß es auch genüge, wenn der Mitverschworene, indem er zur bestimmten Zeit und am bestimmten Orte erschienen, sich nur bereit gezeigt habe, die Mitwirkung zu leisten. Ebenso consequent und unrichtig behauptet Stübel §. 63., daß in Ansehung der erst nach der That zu leistenden Beihülfe der Mitverschworene Miturheber bleibe, auch wenn er nachher die Erfüllung seines Versprechens geradezu verweigere. Es ist aber ge-

Digitized by Google

Auf diesem Grunde beruht auch die im Art. 107. gegen den Meineidigen und den Anstifter zum Meineide ausgesprochene gleiche Strafbarkeit. Denn die Existenz des Verbrechens, welches durch den Meineid begangen wurde, das unverschuldete Uebel nämlich, welches in Gestalt einer peinlichen Strafe auf Jemanden geschworen wurde, ist in gleichem Maße aus den Handlungen von Beiden hervorgegangen. Jeder von ihnen begeht das Verbrechen, indem er sich zu seinem Zwecke der Thätigkeit des Gerichtes und des Nachrichters bedient, und jeder rechnet dabei auf die Handlung des Anderen, damit aus seiner Handlung der verbrecherische Erfolg hervorgehe; der Meineidige auf die Verschwiegenheit des Anstifters, ohne welche in der That das Gericht nicht vermocht werden konnte, auf den Grund seines Meineides die peinliche Strafe zu erkennen; der Anstifter dagegen auf den Meineid des Anderen, ohne welchen aus seiner Handlung der verbrecherische Erfolg nicht hervorgehen konnte. Beide müssen daher derselben Strafe unterliegen, weil jeder bei seiner Handlung auf die Mitwirkung der Handlung des Anderen gerechnet hatte, und weil seine Handlung ohne diese Mitwirkung nicht zu dem Erfolge in der geschehenen Weise geführt haben würde.[1])

---

zeigt worden, daß Beihülfe nach der That, auch wenn sie wirklich geleistet worden, keine Miturheberschaft begründen könne. — Wenn bei dem Complote von den Einzelnen keine bestimmte Mitwirkung versprochen worden, sondern die Theilnehmer mitgingen, um die Hülfe zu leisten, die sich etwa nöthig machen würde, so sind sie, wenn sie wirklich Hülfe leisten, auch Miturheber, da von den Anderen darauf gerechnet worden ist.

1) Hier kommen auch die oben S. 250. entwickelten Grundsätze, in wie weit die Nichtverhinderung eines Verbrechens Ursache desselben sei, in Anwendung. Darnach unterliegt es keinem

Digitized by Google

Nach demselben Grundprincipe müssen die Handlungen der wechselseitigen Theilnahme bei allen übrigen Verbrechen unterschieden und beurtheilt werden. Denn die generalisirende Anwendung der in dem Art. 148. enthaltenen Bestimmung wird nicht allein dadurch gerechtfertigt, daß der objective Gesichtspunct für alle Verbrechen gültig ist, sondern auch in der Carolina, indem in dem Art. 177. auf den Art. 148. verwiesen wird, unmittelbar vorgeschrieben. [1])

Zweifel, daß jeder Anstifter eines Meineides die mitwirkende Ursache des Erfolges ist, der aus dem Meineide hervorgegangen. Es ist übrigens wahrscheinlich, daß im Art. 107. unter demjenigen, der den falschen Zeugen anrichtet, die Partei im Processe zu verstehen ist, der Ankläger oder der Kläger, welche den Zeugen producirt und als Beweismittel gebraucht. Wenigstens spricht Lex Visigoth. lib. II, tit. IV. §. 8. von diesem Falle, und schreibt dafür ganz die im Art. 107. ausgesprochene Strafe vor. Alsdann tritt die Mitwirkung des Anstifters noch anschaulicher hervor. — Die gleiche Strafbarkeit des Anstifters mit dem Meineidigen selbst erklärt sich auch daraus, daß in diesem Falle die Carolina wohl aus Rücksicht auf die besondere Bosheit, mit welcher in demselben zu Werke gegangen wird, den objectiven Standpunct verläßt, und den Versuch mit gleicher Strafe, als die Vollendung bedroht. Die Worte des Art. 107. lassen dieses zwar zweifelhaft, und deßwegen habe ich früher, Band I, S. 495. meiner Abhandlungen, behauptet, es sei wahrscheinlicher, weil es eben dem objectiven Standpuncte gemäßer ist, daß die volle Strafe nur eintrete, wenn der Unschuldige in der That die peinliche Strafe erlitten. Allein ich habe damals den Art. 68. übersehen, aus welchem das Gegentheil unzweifelhaft hervorgeht. Der Anstifter begeht aber jedes Falles eine Versuchshandlung, und müßte also schon deßhalb der vollen Strafe unterliegen.

1) Natürlicher Weise kann hier nicht in Beziehung auf alle einzelnen Verbrechen angegeben werden, welche Theilnahmehandlungen bei denselben als mitwirkende gelten müssen. Von den

Von der nicht wechselseitigen, sondern einseitigen Theilnahme bei dem Verbrechen der Tödtung wird in den folgenden Sätzen des 148. Artikels gehandelt. Auch hier kann es aus den schon angegebenen Gründen keinem Zweifel unterliegen, daß von den darin enthaltenen Bestimmungen eine generalisirende Anwendung auf alle Verbrechen gemacht werden darf. Es scheint aber für das Verständniß dieser Sätze zweckmäßig zu sein, zuvor zu entwickeln, in welchen Fällen einseitiger Theilnahme sich sagen lasse, daß die Theilnehmer zur objectiven Existenz des Verbrechens beigetragen haben. Denn je nachdem das der Fall ist, oder nicht, muß das Verhältniß ihrer Strafbarkeit verschieden ausfallen. Es wird sich aber zeigen, daß in den Sätzen der Carolina Nichts Anderes ausgesprochen ist, als was sich durch consequentes Fortschließen aus dem objectiven Gesichtspuncte von selbst ergiebt.

Das Verhältniß bei der einseitigen Theilnahme, bei welcher sich der Eine den Entschluß des Anderen ohne dessen Wissen aneignet, ist aber ein wesentlich anderes. Hier

---

S. 377. Note 1: gegebenen Bemerkungen wird sich mit Leichtigkeit allgemeinere Anwendung machen lassen. Bei allen Verbrechen ist das Princip, nach welchem mitwirkende Theilnahmehandlungen von nicht mitwirkenden unterschieden werden müssen, das nämliche. Nicht mitwirkend ist die Theilnahmehandlung, wenn sie bloß den Zweck und die Wirkung hat, den Anderen zu bestimmen, daß er die Handlung begehe, welche zu dem Verbrechen führt; mitwirkend dagegen, wenn sie zu der bereits begonnenen Handlung des Anderen hinzukommt, damit aus dieser das Verbrechen in der geschehenen Weise hervorgehe. Wann sich juristisch sagen lasse, der Andere habe die das Verbrechen hervorbringende Handlung begonnen, bestimmt sich nach der Anfangsgränze des Versuches. Vgl. darüber meine Abhandlungen Band I, S. 459.

Digitized by Google

können nicht die Handlungen ſämmtlicher Theilnehmer als eine Geſammthandlung angeſehen werden, welche ohne die eine oder die andere eine andere geweſen ſein würde, als ſie wirklich geweſen. Vielmehr können, weil es an dem vereinigten Muthe fehlt, und nur der Theilnehmer zu dem Anderen, aber nicht dieſer zu jenem in dem Verhältniſſe einer Theilnahme ſteht, ihre Handlungen nur einzeln in Betracht kommen, nach den Wirkungen, welche jede derſelben für ſich genommen gehabt hat. Denn dem Einen kann natürlich keine Handlung zugerechnet werden, welche ein Anderer unabhängig von ihm und ohne ſein Wiſſen begangen hat.

Betrachtet man zuvörderſt den Einen, der das Verbrechen ohne die Theilnahmehandlung des Anderen begehen will, ſo kann es nur darauf ankommen, ob daſſelbe aus ſeiner Handlung allein, wie ſie von ihm begangen worden, hergeleitet werden kann. Iſt dieſes wirklich der Fall, ſo iſt er Urheber, und als ſolcher ſtrafbar. Liegt aber in ſeiner Handlung nicht der alleinige Grund des Verbrechens, ſondern muß auch noch der Handlung eines Anderen eine Mitwirkung dabei zugeſchrieben werden, ſo daß daſſelbe ohne dieſe gar nicht aus jener Handlung hervorgegangen ſein würde, ſo kann er auch weder als Urheber, noch als Miturheber angeſehen werden. Denn ſein Verhältniß kann keine Veränderung bloß dadurch erleiden, daß ein Anderer ohne ſein Wiſſen und unabhängig von ihm auch eine Handlung begangen hat. Er kann alſo, da nach der Vorausſetzung das Verbrechen ohne die Handlung des Anderen gar nicht zur Exiſtenz gekommen wäre, und er ohne dieſelbe auf keinen Fall Urheber des Erfolges geweſen ſein würde, auch durch dieſelbe nicht zum Urheber deſſelben werden. Seine Handlung wird vielmehr, wenn im Uebrigen

Digitized by Google

die Voraussetzungen dazu vorhanden sind, nur als ein Versuch des Verbrechens erscheinen können, welches ohne die Handlung des Anderen nicht zur Existenz gekommen sein würde.

Es liegt aber bei der einseitigen Theilnahme in der Natur des Verhältnisses, daß die Frage, welche Theilnahmehandlungen als mitwirkende oder zur objectiven Existenz des Verbrechens beitragende angesehen werden dürfen, nach einem anderen Principe, als bei der wechselseitigen, entschieden werden muß. Bei der wechselseitigen Theilnahme sind alle Theilnahmehandlungen mitwirkende, auf deren Mitwirkung von den andern Theilnehmern gerechnet war, damit aus ihren Handlungen das Verbrechen in der geschehenen Weise hervorgehe. Deßwegen kann es, wie gezeigt worden ist, [1]) bei ihr nicht darauf ankommen, ob die Handlungen der einzelnen Theilnehmer für sich allein genommen mehr oder weniger im Stande gewesen wären, das Verbrechen zur Existenz zu bringen. Die Theilnahmehandlung hört bei der wechselseitigen Theilnahme selbst dadurch nicht auf, eine mitwirkende zu sein, daß auch ohne sie die Handlungen der Uebrigen genügt haben würden, das Verbrechen hervorzubringen. Bei der einseitigen Theilnahme rechnet dagegen derjenige, an dessen Verbrechen einseitig Theil genommen wird, nicht auf die Mitwirkung der Theilnahmehandlung des Anderen, sondern er will das Verbrechen allein durch die Wirkung seiner Handlung begehen. Daraus folgt nothwendig, daß die Theilnahmehandlung nicht für eine mitwirkende angesehen werden kann, so oft die Handlung von jenem genügte, das Verbrechen zur objectiven Existenz zu bringen. Denn diese kann durch die

1) S. oben S. 373.

Theilnahmehandlung keine andere werden, als sie ohne dieselbe war, so daß, wenn sie wirklich zur Hervorbringung des Verbrechens genügte, auch nicht gesagt werden kann, daß das Verbrechen in anderer Weise und durch eine andere Handlung hervorgebracht worden sei, als es ohne die Theilnahmehandlung hervorgebracht worden sein würde. So oft daher bei der einseitigen Theilnahme die Handlung des Einen genügte, das Verbrechen hervorzubringen, kann die Theilnahmehandlung des Anderen, von welcher Art sie auch gewesen sein möge, und selbst wenn gewiß sein sollte, daß jener ohne dieselbe die zur Hervorbringung des Verbrechens genügende Handlung nicht begangen haben würde, nicht für eine mitwirkende angesehen werden. [1]) Denn in dem bloßen

1) Z. B. Jemand weiß, daß ein Anderer Feuer anlegen will und spielt ihm die Brennmaterialien in die Hände, von welchen derselbe auch Gebrauch macht; oder er weiß, daß ein Anderer stehlen will und öffnet die Thür, wodurch es dem Diebe möglich wird, in das Haus zu kommen; oder er giebt Jemandem, den er in Zorn und Leidenschaft gegen einen Anderen entbrannt sieht, eine Waffe in die Hände, und macht es ihm möglich, denselben todt zu schlagen. In diesen Fällen ist bei vorausgesetzter einseitiger Theilnahme der Theilnehmer nicht mitwirkende Ursache der objectiven Existenz des Verbrechens. Denn wenn der eigentliche Thäter gar nicht auf die Theilnahmehandlung rechnete, damit aus seiner Handlung der Erfolg hervorgehe, so wird diese durch jene keine andere, als sie außerdem schon ist; daher ist es zwar denkbar, daß er ohne die Theilnahmehandlung seine Handlung gar nicht begangen haben würde, nicht aber, daß diese durch jene zu derjenigen geworden sei, aus welcher das Verbrechen hervorgegangen. Dagegen würde der Theilnehmer alleiniger Urheber der Brandstiftung sein, wenn das Feuer, welches der Andere angelegt, nicht angegangen und erst durch einen von jenem veranlaßten Windzug zum Entflammen gebracht worden wäre. Der Andere würde sich alsdann eines bloßen Versuches schuldig gemacht haben.

Umstande, daß Jemandem die Begehung einer Handlung möglich gemacht wird, liegt niemals der Grund derselben, und ebenso wenig des Erfolges, der aus ihr hervorgegangen ist. Der Theilnehmer muß daher nach dem objectiven Gesichtspuncte minder strafbar erscheinen, als der Andere, so oft dessen Handlung genügte, das Verbrechen zur objectiven Existenz zu bringen. Wenn dagegen das Verbrechen ohne die Handlung des Theilnehmers gar nicht entstanden sein würde, kann auch der Andere, wie schon bemerkt worden, gar nicht als Urheber gestraft werden.

Betrachtet man ferner denjenigen, der an dem Verbrechen eines Anderen einseitig Theil nimmt, so ergiebt sich das Verhältniß seiner Strafbarkeit schon aus den bisherigen Bemerkungen. War seine Theilnahmehandlung nicht von der Art, daß in ihr eine Mitwirkung zur Existenz des Verbrechens gefunden werden kann, so ist der Andere alleiniger Urheber des Verbrechens und er selbst in geringerem Grade strafbar. Daß rein intellectuelle oder bloß vorbereitende und begünstigende Theilnahmehandlungen nicht für mitwirkende angesehen werden können, versteht sich von selbst und ist bereits gezeigt worden. Auch solche Theilnahmehandlungen, welche bloß unter der Voraussetzung mitwirkende sind, daß von dem Anderen auf ihre Mitwirkung gerechnet war, können, wie bemerkt worden, bei der einseitigen Theilnahme nicht als mitwirkende angesehen werden. Wenn dagegen seine Theilnahmehandlung eine wirklich mitwirkende war, so daß ohne sie das Verbrechen nicht aus der Handlung des Anderen entstanden sein würde, so muß er auch, wie aus dem Bisherigen von selbst hervorgeht, der Strafe des Urhebers unterliegen. Denn er ist alsdann in der That Urheber und in seiner Handlung die Ursache der Existenz des verbrecherischen Erfolges zu suchen.

Digitized by Google

Seine Handlung mag in sofern eine mitwirkende genannt werden, als sie nicht für sich allein, sondern nur unter vorausgesetzter Mitwirkung der Handlung des Anderen denselben zur Existenz zu bringen im Stande gewesen ist; allein diese Mitwirkung selbst ist nur die Folge seiner eigenen Theilnahmehandlung und muß deßwegen für einen wirklichen Bestandtheil derselben angesehen werden. Das Verbrechen ist daher in diesem Falle die alleinige Wirkung seiner Theilnahmehandlung und der Theilnehmer der eigentliche Thäter. Wenn das Verbrechen aus der Handlung desjenigen, zu welchem er als einseitiger Theilnehmer hinzukommt, allein hergeleitet werden kann, so hat er, der Theilnehmer, dasselbe zwar auch hervorgebracht, weil er es sich durch seine Theilnahme angeeignet hat; allein die objective Existenz des Verbrechens kann ihm nicht zugeschrieben werden, indem in seiner Handlung nicht die Ursache gelegen hat, daß die Handlung des Anderen zu demselben führte.

Es ist aber schon bemerkt worden, daß die einseitige Theilnahme auch gegenseitig vorkommen könne, wenn nämlich Mehrere denselben verbrecherischen Entschluß gefaßt gehabt und sich von einander angeeignet, ohne wechselseitig um diese Aneignung gewußt zu haben.[1]) Daß in diesem Falle die Theilnahme keine wechselseitige sei, folgt daraus, daß es an dem vereinigten Willen und Muth fehlt, und der Eine von dem Anderen nicht weiß, daß dieser sich seinen verbrecherischen Entschluß angeeignet habe. Deßwegen kann es auch hier nicht nach denselben Grundsätzen, wie bei der wechselseitigen Theilnahme, beurtheilt werden, welche Theilnahmehandlungen als zur objectiven Existenz

1) S. oben S. 361.

des Verbrechens mitwirkend angesehen werden müssen. Vielmehr werden hier, weil es einseitige Theilnahme ist, die übrigen Theilnehmer als nicht mitwirkend angesehen werden müssen, so oft in der Handlung, welche Einer von ihnen begangen hat, die alleinige Ursache der objectiven Existenz des Verbrechens gefunden werden kann. Denn weil der Eine von dem Anderen nicht weiß, daß er von ihm unterstützt wird, und weil er mithin auf die Theilnahmehandlung desselben nicht rechnet, damit aus seiner eigenen Handlung der verbrecherische Erfolg hervorgehe, so können auch hier nicht die einzelnen Handlungen als eine Gesammthandlung angesehen werden, welche ohne die eine oder die andere eine andere gewesen wäre, als sie wirklich gewesen. Die einzelnen Handlungen können vielmehr hier nur einzeln in Betracht kommen, nach den Wirkungen, welche jede derselben für sich genommen gehabt hat, woraus von selbst folgt, daß den Handlungen der Uebrigen keine Mitwirkung zugeschrieben werden kann, wenn die objective Existenz des Verbrechens als die Wirkung der Handlung eines Einzigen erscheint.

Die übrigen Theilnehmer haben zwar, weil sie Theilnehmer sind, das Verbrechen alsdann ebenfalls hervorgebracht; aber in ihren Handlungen liegt nicht der Grund, daß durch jene Handlung das Verbrechen zur Existenz gebracht wurde. Sie müssen deßhalb nach dem objectiven Gesichtspuncte in geringerem Grade strafbar sein, als der Urheber und eigentliche Thäter. In gleichem Grade strafbar werden vielmehr dabei nur diejenigen Theilnehmer sein können, ohne deren Handlungen der verbrecherische Erfolg aus den Handlungen der Uebrigen nicht hervorgegangen wäre. Denn alsdann haben sie das Verbrechen wirklich zur Existenz gebracht, indem es ohne ihre Handlungen nicht ent-

Digitized by Google

ſtanden ſein würde. Aber die Uebrigen ſind, weil hier eine Theilnahme vorausgeſetzt wird, die gegenſeitig iſt, ebenfalls Theilnehmer, von welchen in derſelben Weiſe, als von jenen geſagt werden muß, daß ſie das Verbrechen zur objectiven Exiſtenz gebracht haben. Denn in ſofern ſie als Theilnehmer durch ihre Handlungen bewirken wollten, daß aus den Handlungen der Anderen der verbrecheriſche Erfolg hervorgehe, und in ſofern, wie vorausgeſetzt wird, derſelbe aus dieſen Handlungen allein wirklich nicht hervorgegangen ſein würde, haben ſie offenbar ebenfalls zur objectiven Exiſtenz des Verbrechens beigetragen. Sie müſſen deßhalb ebenfalls als Urheber oder eigentliche Thäter ſtrafbar erſcheinen. Um es in wenige Worte zuſammen zu faſſen, ſo ſind, wenn Mehrere bei der Hervorbringung eines Verbrechens concurrirten, ohne in dem Verhältniß einer wechſelſeitigen Theilnahme geſtanden und auf die Mitwirkung ihrer Handlungen gerechnet zu haben, dieſelben ſämmtlich in gleichem Maße und zwar als Urheber ſtrafbar, wenn ſie Theilnehmer von einander ſind, und durch ihre Handlungen bewirkt haben, daß aus den Handlungen der Uebrigen der verbrecheriſche Erfolg hervorging. Hätten dieſe Handlungen auch ohne ihre Handlungen zu dem Erfolge geführt, oder handelten ſie überhaupt gar nicht als Theilnehmer, ſo können ſie auch nicht als Urheber oder Thäter beſtraft werden, weil ſie alsdann wirklich nicht zur objectiven Exiſtenz des Verbrechens beigetragen haben.

Wie dieſe Bemerkungen nur Folgerungen ſind aus dem objectiven Geſichtspuncte, ſo finden ſie auch ihre Beſtätigung in der Carolina, welche ja von dieſem Geſichtspuncte ausgeht.

In dem 148. Artikel heißt es nämlich ferner:

„So aber etlich perſonen ungeſchichts in einem ſchla-

gen oder gefecht bei einander wären, einander helfen und jemandt alſo on gnugſam urſach erſchlagen würde, ſo man dann den rechten thätter weiß, von des hand die entleibung geſchehen iſt, der ſoll als ein todtſchläger mit dem ſchwert zum todt geſtraft werden."

Bei der Hülfeleiſtung, welche „ungeſchichts" geſchieht, ſind darnach nicht ohne Weiteres, wie bei der wechſelſeitigen Theilnahme, Alle, welche in dem Schlagen geholfen haben, als Thäter oder Urheber zu beſtrafen. Unter dem „Ungeſchichts" als Gegenſatz des vereinigten Willens und Muthes kann aber nur die einſeitige Theilnahme verſtanden werden, wie ſie in dem Obigen geſchildert worden iſt.[1]) Bei derſelben ſoll nun, wenn ein „rechter Thäter" vorhanden iſt, von deſſen Hand die Entleibung geſchehen iſt, dieſer als Urheber geſtraft werden, während die Uebrigen, ſelbſt wenn ſie mitgeſchlagen haben, geringerer Strafe unterliegen. Das iſt aber ganz dieſelbe Beſtimmung, welche vorhin als Conſequenz aus dem objectiven Geſichtspuncte

1) In meinen Abhandlungen, B. I, S. 454. habe ich den Art. 148. gänzlich mißverſtanden, indem ich das „Ungeſchichts" mit der Ueberſchrift des Artikels „fürſetzlich oder unfürſetzlich" in Verbindung gebracht und von einer Hülfe verſtanden habe, die in ſofern eine unvorſätzliche zu nennen ſei, als der Helfende, indem er ſelbſtſtändig und unabhängig von einem Anderen ein Verbrechen begehen wollte, dieſem die Ausübung des ſeinigen erleichtert habe. Allein das „Ungeſchichts" iſt offenbar nur der Gegenſatz des Verabredeten, des vereinigten Willens und Muthes, in ſofern nämlich die Hülfe für den Anderen zufällig kommt und von ihm nicht darauf gerechnet war. Es kann daher keines Weges, wie früher von mir geſchehen, in dem Sinne ausgelegt werden, daß der Helfende gar nicht den Willen gehabt habe, an dem Verbrechen des Anderen Theil zu nehmen. Von dieſem Falle iſt vielmehr am Ende des Art. 148. die Rede, S. oben S. 284.

Digitized by Google

entwickelt worden ist, daß nämlich bei der einseitigen Theilnahme die übrigen Theilnehmer als zur objectiven Existenz des Verbrechens nicht beitragend, und mithin als minder strafbar, als der Urheber, erscheinen müssen, so oft die Handlung von diesem genügte, das Verbrechen zur Existenz zu bringen.

In dem Art. 148. heißt es weiter:

„War aber der entleibt durch mer dann eynen, die man wüßt, geverlicher weiß tödtlich geschlagen, geworffen oder gewundt worden, und man könnt nit beweislich machen, von welcher sonderlichen handt und thatt er gestorben wer, so seyn dieselben, so die verletzung, wie obsteht, gethan haben, alle als todtschläger vorgemeldter maßen zum todt zu straffen."

Wenn mehrere Personen ungeschichts einander helfen, und keine derselben eine solche Wunde zugefügt hat, aus welcher allein der eingetretene Tod hergeleitet werden könnte, so sollen Alle, welche gefährlicher Weise tödtlich geschlagen haben, der Strafe des Urhebers unterliegen. Es braucht kaum weiter ausgeführt zu werden, daß in dieser Bestimmung nur speciell auf das Verbrechen der Tödtung angewendet ist, was vorhin über solche einseitige Theilnahme, die gegenseitig geleistet wird, als Folgerung aus dem objectiven Gesichtspuncte hergeleitet worden ist. Denn damit sie sämmtlich mit der gleichen Strafe des Urhebers belegt werden können, wird zweierlei vorausgesetzt: erstens, daß sie einander geholfen, und zweitens, daß sie tödtlich geschlagen haben. Das ist aber durchaus dasselbe, was vorhin behauptet worden ist, daß die Mehreren, welche bei Hervorbringung eines Verbrechens concurrirten, ohne im Verhältnisse einer wechselseitigen Theilnahme gestanden und auf die Mitwirkung ihrer Handlungen gerechnet zu haben,

Digitized by Google

nur in dem Falle in gleichem Maße und zwar als Urheber strafbar sein können, wenn sie Theilnehmer von einander seien, und durch ihre Handlungen bewirkt haben, daß aus den Handlungen der Uebrigen der verbrecherische Erfolg hervorgehe. War Einer der Schlagenden nicht Theilnehmer der Anderen, so daß von ihm nicht gesagt werden kann, daß er denselben geholfen habe, oder war die Wunde, welche er zufügte, keine tödtliche, so daß gewiß ist, sie habe zur objectiven Existenz des Erfolges nicht beigetragen, so kann auch die Disposition des Artikels nicht auf ihn bezogen werden. Er muß vielmehr alsdann in geringerem Grade strafbar erscheinen. [1])

Um nun als Resultat dieser ganzen Entwickelung von den verschiedenen Arten der Theilnahme eine wirklich brauchbare Eintheilung und Unterscheidung aufzustellen, welche auf die verschiedene Strafbarkeit derselben gegründet ist, [2]) je nachdem nämlich der Theilnehmer der vollen Strafe des Urhebers oder je nachdem er geringerer Strafe unterliegt, so ergeben sich daraus zwei Hauptclassen der Theilnahme, welche passend durch die Ausdrücke: Haupttheilnahme und Nebentheilnahme bezeichnet werden.

Haupttheilnahme ist diejenige, in welcher eine Mitwirkung zur objectiven Existenz des Verbrechens enthalten ist, so daß ohne sie dasselbe nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der Anderen entstanden sein würde. Nebentheilnahme ist diejenige, welche zur objectiven Existenz des Verbrechens nicht mitwirkt, so daß die Handlungen

---

1) Durch die hier versuchte Auslegung des Art. 148. erhält die schon oben S. 278 ff. in anderer Beziehung gegebene Auslegung desselben ihre Vervollständigung und genauere Bestimmung.

2) S. oben S. 333.

Digitized by Google

der Anderen auch ohne sie zu demselben geführt haben würden.

Der Haupttheilnehmer ist wie der Urheber strafbar, wie er denn auch in der That bei der wechselseitigen Theilnahme immer Miturheber ist. Bei der einseitigen Theilnahme ist er entweder alleiniger Urheber, wenn nämlich der Andere, zu welchem er als Theilnehmer hinzu kommt, nicht auch von seiner Seite Theilnehmer von ihm ist, oder ebenfalls Miturheber, wenn das Verhältniß der einseitigen Theilnahme gegenseitig zwischen ihnen Statt findet. Bei der wechselseitigen Theilnahme wird die Haupttheilnahme begründet durch alle Handlungen, auf deren Mitwirkung von den Anderen gerechnet war, damit aus ihren Handlungen der verbrecherische Erfolg hervorgehe; bei der einseitigen durch alle Handlungen, ohne welche derselbe aus den Handlungen der Uebrigen nicht hervorgegangen sein würde.

Der Nebentheilnehmer ist in geringerem Grade strafbar, und zwar in demselben Verhältnisse, in welchem der Versuch gelinder gestraft wird, als die Vollendung. [1])

---

1) Daß nach älterem teutschen Rechte die Theilnehmer im Allgemeinen mit der Strafe der Urheber belegt worden seien, wie *Haeberlin*, spec. Saxon. et Sucv. jus crim. 1838. p. 2. behauptet, widerspricht dem objectiven Gesichtspuncte und wird durch die Quellen selbst widerlegt. Vgl. die in meinen Abhandlungen Band I, S. 360 ff. und oben S. 275. Note 1. angeführten Stellen. Nur bei dem Diebstahle und Raube werden die Gehülfen und Theilnehmer jeder Art ebenso hart, als der Dieb und Räuber selbst bestraft. Vgl. Sachsenspiegel Buch II. Art. 13. und Schwabenspiegel, Cap. 116 und 212. Häberlin a. a. O. hält die gleiche Strafbarkeit für die Regel, die in den Rechtsbüchern gerade bei Diebstahl und Raub nur aus dem äußeren Grunde aufgestellt werde, daß es bei diesen Verbrechen vorzugsweise vorkomme, daß

Denn es ist dasselbe Princip, der objective Gesichtspunct nämlich, auf welchem in beiden Fällen die verschiedene Strafbarkeit beruht. Die Strafe des Nebentheilnehmers

---

sich der Verbrecher mehrerer Theilnehmer bediene. Das läßt sich aber schwerlich behaupten, und überdieß hätte der Verfasser des Sachsenspiegels, wenn er wirklich eine solche Regel hätte aufstellen wollen, im Buch II. Art. 13., wo fast von allen Verbrechen die Rede ist, die beste Gelegenheit gehabt, dieselbe in allgemeinerer Fassung auszusprechen. Die gleiche Strafbarkeit bei Diebstahl und Raub ist vielmehr die Ausnahme und der innere Grund dafür nicht schwer aus der Natur dieser Verbrechen selbst herzuleiten. Das Verletzende bei diesen Verbrechen ist nämlich der Vermögensverlust, den Jemand erleidet. Diese Verletzung dauert aber fort auch nach dem verübten Verbrechen, und daran, daß sie fortdauert, haben die Theilnehmer dieselbe Schuld, als der eigentliche Thäter, da sie nur Anzeige zu machen brauchten, um es zu verhindern. Ueberdieß beziehen sie meistens einen Vortheil von dem genommenen Gute, so daß sie noch unmittelbarer an der Verletzung mitwirken. Diese letztere Rücksicht ist noch in einer von *Carpzov*, Pract. pars II, qu. 87. nr. 34. citirten Sächsischen Constitution genommen, wo bestimmt ist, daß diejenigen, die beim Stehlen Wache stehen, nur in dem Falle am Leben gestraft werden sollen, da sie so viel von dem gestohlenen Gute participirt hätten, darum sie sonsten Diebstahls halben möchten am Leben gestraft werden. — Im Sachsenspiegel Buch III. Art. 1. ist zwar bestimmt, daß alle lebendigen Dinge, die bei einer Nothzucht gewesen, enthauptet werden sollen, wobei die Glosse bemerkt, daß damit die Pferde, welche sie getragen, und die Leute, die dazu Vorschub gethan, gemeint seien. Allein aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle ergiebt sich, daß unter Nothzucht eigentlich Entführung gemeint sei (vgl. auch Schwabenspiegel Cap. 355.), wobei alsdann ähnliche Rücksichten, als bei dem Raube, zu der gleichen Strafbarkeit des Urhebers und der Gehülfen geführt haben könnten. Ueberdieß steht Nichts im Wege, die Stelle nur von wirklich mitwirkender Theilnahme zu verstehen.

Digitized by Google

bestimmt sich zwar natürlicher Weise nach der Strafe des Verbrechens, an welchem er Theil nimmt; aber seine Strafbarkeit ist unabhängig von der Strafbarkeit des Anderen, zu welchem er als Theilnehmer hinzu kommt.[1]) Bei der wechselseitigen sowohl, als bei der einseitigen Theilnahme wird aber die Nebentheilnahme begründet durch alle Handlungen, welchen keine Mitwirkung zur objectiven Existenz zugeschrieben werden kann. Darum können alle Theilnahmehandlungen, und selbst solche, in welchen außerdem Haupttheilnahme gelegen haben würde, nur als Nebentheilnahme strafbar sein, wenn der verbrecherische Erfolg in der That gar nicht zur Existenz gebracht worden war.[2])

---

1) Damit nehme ich die in meinen Abhandlungen Bd. I. S. 448. ausgesprochene Behauptung zurück, daß nach heutigem gemeinen Rechte der Mandant straflos sei, wenn der Mandatar von seiner Seite nicht so viel thue, um Strafe zu verwirken. Ich hatte mich zu jener Behauptung durch den von vielen Criminalisten, unter Anderen von Mittermaier im N. A. des C. R. I. S. 178. aufgestellten Satz verleiten lassen, daß der intellectuelle Urheber in Bezug auf Strafe mit dem physischen völlig gleich behandelt werde, und daß jener nur mit der Strafe des Versuches belegt werden könne, wenn dieser mit seiner Thätigkeit nur bis zum Versuche gekommen sei. Consequent war meine Behauptung allerdings, aber gerade deßwegen unrichtig, da der Satz unrichtig war, aus welchem sie hergeleitet worden. Denn die Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers ist unabhängig von der des physischen und immer eine geringere. Vgl. auch meine Abhandl. Band I. S. 366.

2) D. h. sie können alsdann nur mit der Strafe des Versuches belegt werden. Sie sind aber in geringerem Grade strafbar, nicht weil die Uebrigen nicht so viel thaten, um die volle Strafe zu verwirken, sondern weil ihre eigene Handlung sich als nicht mitwirkende erwiesen hat.

Digitized by Google

Denn alsdann liegt eben in der Nichtexistenz desselben der Beweis, daß die Theilnahmehandlungen keine mitwirkenden gewesen. In jedem Falle sind alle Theilnahmehandlungen, welche auf den eigentlichen Thäter nur einen moralischen Einfluß ausüben und ihn zu seiner Handlung nur bestimmen können, selbst wenn wahrscheinlich oder gewiß sein sollte, daß er dieselbe außerdem gar nicht angefangen haben würde, nicht als mitwirkende zu betrachten.

Digitized by Google

Zweites Capitel.

Von der Rechtswidrigkeit der Handlung.

Schon in der Einleitung zu dieser Abhandlung ist nachgewiesen worden, daß das Verbrechen nicht Verbrechen sein könnte, wenn es nicht durch eine widerrechtliche Handlung hervorgebracht worden wäre. [1]) Denn dasselbe könnte keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, wenn dem Handelnden zu seiner Vollbringung ein Recht zugestanden hätte. Zwar ist nicht jede rechtswidrige Handlung ein Verbrechen, weil dazu außerdem gehört, daß dieselbe mit verbrecherischer Willensbestimmung verübt worden sei; aber diese hat jene zu ihrer nothwendigen Voraussetzung. Darum muß, bevor in dem nächstfolgenden Capitel von der verbrecherischen Willensbestimmung die Rede sein kann, in dem gegenwärtigen das zu dem allgemeinen Thatbestande gehörige Merkmal der Rechtswidrigkeit der Handlung erörtert werden.

Eine Handlung ist rechtswidrig, wenn der Handelnde kein Recht hat, dieselbe zu begehen, oder wenn er die

1) S. oben S. 59.

Digitized by Google

Rechtspflicht hat, dieselbe zu unterlassen. Umgekehrt ist die Handlung nicht rechtswidrig, wenn der Handelnde, indem er dieselbe begeht, von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht.

Der Grund, aus welchem Jemand die Pflicht hat, gewisse Handlungen zu unterlassen und folgeweise kein Recht, dieselben zu begehen, kann aber nur in dem objectiven Rechte liegen. Denn dieses bestimmt die vernünftige Handlungsweise, welche die Menschen in der Gesellschaft zu beobachten haben, und begründet dadurch die Pflicht, diese Handlungsweise in der That zu beobachten und die entgegengesetzte zu unterlassen.

Die Handlungsweise, welche durch das objective Recht den Menschen zur Pflicht gemacht wird, ist aber zweifacher Art. Entweder betrifft sie die Rechte anderer Menschen, indem sie von der Art sein muß, daß sie nicht gegen diese Rechte geht, oder sie bezieht sich auf das sittliche und ordnungsmäßige Leben der Menschen, indem in einem gewissen Umfange auch moralisch oder politisch verwerfliche Handlungen als widerrechtliche erscheinen. Nach diesem Unterschiede sind früher die Verbrechen in Rechtsverbrechen und in Gesetzesverbrechen eingetheilt worden [1]).

Folglich ist auch die Rechtswidrigkeit der Handlung doppelter Art, indem entweder der einen oder der anderen der durch das objective Recht vorgeschriebenen Handlungsweisen zuwider gehandelt werden kann. Jede rechtswidrige Handlung der einen oder anderen Art ist eine Verletzung der angegebenen durch das objective Recht auferlegten Pflicht, und ohne eine Verletzung dieser Pflicht kann eine Verletzung des objectiven Rechtes selbst gar nicht gedacht wer-

1) S. oben S. 168 ff.

den. Aber daraus folgt nicht, daß die Verletzung dieser Pflicht für sich allein genommen schon eine Verletzung des objectiven Rechtes enthalte. Denn wenn durch eine Handlung Nichts weiter verletzt wird, als diese Pflicht, so ist damit von selbst gesagt, daß durch sie nicht auch zugleich eine Verletzung des objectiven Rechtes begangen worden ist. [1])

Ebenso kann es nur in dem objectiven Rechte begründet sein, daß Jemand das Recht hat, gewisse Handlungen zu begehen. Denn wenn durch das objective Recht die Pflicht auferlegt wird, bestimmte Handlungen zu unterlassen, so ergiebt sich von selbst, daß in Ansehung der übrigen Handlungen, für welche diese Pflicht nicht obliegt, das Recht zustehen muß, dieselben zu begehen.

Das Strafrecht hat es aber seinem Begriffe nach nicht mit den Handlungen zu thun, zu deren Begehung dem Menschen ein Recht zusteht, sondern mit den anderen Handlungen, zu deren Unterlassung er verpflichtet ist. Denn nur durch diese kann eine Verletzung des objectiven Rechtes oder ein Verbrechen begangen werden. Der äußere Beweis, daß durch eine Handlung das objective Recht verletzt werde, liegt aber darin, daß sie mit Strafe bedroht ist.

In derselben Weise aber, in welcher aus denjenigen Handlungen, welche zu unterlassen dem Menschen als Pflicht obliegt, diejenigen erkannt werden können, zu deren Begehung ihm das Recht zusteht, kann umgekehrt aus diesen erkannt werden, welche Handlungen der Mensch verpflichtet sei, zu unterlassen. Denn diese Pflicht kann ihm niemals

---

1) Denn die Pflicht, welche durch das objective Recht auferlegt wird, ist von diesem selbst verschieden und kann folglich abgesondert verletzt werden.

Digitized by Google

in Ansehung einer solchen Handlung obliegen, zu welcher ihm ein Recht zusteht.

Der Umfang der rechtswidrigen Handlungen kann daher sowohl von der positiven, als von der negativen Seite her erkannt und bestimmt werden. Von der positiven Seite her bestimmt sich derselbe durch den Umfang der Pflichten, welche dem Menschen zur Unterlassung gewisser Handlungen obliegen; von der negativen durch den Umfang der Rechte, welche dem Menschen zur Begehung gewisser Handlungen zustehen. Um das Merkmal der Rechtswidrigkeit vollständig aufzufassen, wird es deßwegen nöthig sein, dasselbe nach beiden Seiten zu betrachten.

Die positive Bestimmung desselben läßt sich in wenigen Worten und nicht anders angeben, als es bereits geschehen ist. Jede Handlung ist rechtswidrig, welche der Mensch zu unterlassen verpflichtet ist, entweder in Beziehung auf die Rechte anderer Personen, oder aus Rücksicht auf das, was die Sitte und gute Ordnung zu erfordern scheint. Bei einem bestimmten Volke ist das objective Recht, welches diese Pflicht auferlegt, in dessen positivem Rechte ausgesprochen; im Besonderen wird durch die Strafgesetzgebung bestimmt, welche Handlungen bei einem bestimmten Volke als widerrechtliche angesehen werden müssen. Denn obgleich nicht jede widerrechtliche Handlung ohne Weiteres unter das Strafgesetz fällt, so kann sich doch dasselbe auf keine anderen, als widerrechtliche Handlungen beziehen, sowie umgekehrt alle widerrechtlichen Handlungen unter der Voraussetzung, daß sie mit verbrecherischer Willensbestimmung begangen waren, unter das Strafgesetz fallen müssen. Denn die bewußte Widerrechtlichkeit und die durch dieselbe begangene Verletzung des objectiven Rechtes ist dem Gesetzgeber der Grund gewesen, aus welchem er durch die Straf-

Digitized by Google

bedrohung gewisse Handlungen für Verbrechen erklärt hat, so daß von allen Handlungen, welche gar nicht unter ein Strafgesetz subsumirt werden können, angenommen werden muß, sie haben nach der Ansicht des Gesetzgebers nicht mit bewußter Widerrechtlichkeit und folglich überhaupt nicht mit Widerrechtlichkeit begangen werden können.[1])

Der Inbegriff der Handlungen, welche in einem positiven Rechte als widerrechtliche gelten, wird daher bestimmt durch die Gesammtheit der Handlungen, welche durch die Strafbedrohung für Verbrechen erklärt worden sind. Das Verbrechen kündigt sich aber als solches an durch die äußere verbrecherische Erscheinung, welche zwar für sich allein noch nicht genügt, den Thatbestand desselben herzustellen, aber auf jeden Fall die nothwendige Voraussetzung ist, damit die übrigen Bestandtheile des Thatbestandes in Frage kommen können. Für eine widerrechtliche Handlung wird daher diejenige gehalten werden müssen, welche zu einer verbrecherischen Erscheinung geführt hat.

Die negative Bestimmung des Umfanges der rechtswidrigen Handlungen läßt sich im Allgemeinen ebenfalls mit wenigen Worten ausdrücken. Keine Handlung kann rechtswidrig sein, zu deren Begehung dem Menschen ein Recht zusteht, und dieses Recht steht ihm zu in Ansehung aller Handlungen, welche er nicht die Pflicht hat, zu unterlassen, oder, um es in positiver Weise auszudrücken, welche sowohl den Rechten anderer Menschen, als den Anforderungen der Sitte und guten Ordnung gemäß sind. Wie die widerrechtliche Handlung, so kündigt sich auch diejenige, zu welcher der Mensch berechtigt ist, als solche an durch ihre äußere Erscheinung, indem diese selbst den Beweis lie-

1) S. oben S. 131 f.

Digitized by Google

fert, daß die Handlung, durch welche sie hervorgebracht worden, weder den Rechten anderer Menschen, noch den Anforderungen der Sitte und guten Ordnung zuwider läuft. [1])

Allein die äußere Erscheinung ist nicht die rechtliche oder widerrechtliche Handlung selbst, sondern bloß das Beweismittel dafür, daß rechtlich oder widerrechtlich gehandelt worden war. Wenn es an dieser äußeren Erscheinung fehlt, kann auch nicht gesagt werden, daß in der einen oder anderen Weise gehandelt worden sei; aber daraus folgt nicht nothwendig, daß immer entweder rechtlich oder unrechtlich gehandelt worden sei, wo die eine oder die andere Art der äußeren Erscheinung vorliegt. Denn wie jeder Beweis durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann, so kann auch die Handlung, obgleich sie sich ihrer äußeren Erscheinung nach als eine widerrechtliche zu erkennen giebt, doch für keine widerrechtliche gehalten werden, sobald sie als eine solche, zu welcher der Handelnde berechtigt gewesen, dargethan werden kann. Ebenso kann die Handlung, welche ihrer äußeren Erscheinung nach nicht widerechtlich war, für keine rechtmäßige angesehen werden, wenn nachgewiesen werden kann, daß dem Handelnden aus einem besonderen Grunde die Pflicht oblag, dieselbe nicht zu begehen.

In diesem letzteren Falle ist vielmehr die Handlung in der That eine widerrechtliche, die sich von anderen widerrechtlichen Handlungen bloß dadurch unterscheidet, daß bei ihr der Beweis der Widerrechtlichkeit nicht schon aus der äußeren Erscheinung hervorgeht.[2]) In sofern sie ihrer äuße-

1) S. oben S. 186 f.

2) Das kann bei den Rechtsverbrechen sowohl, als bei den Gesetzesverbrechen vorkommen. Ein Rechtsverbrechen kann, wie

Digitized by Google

ren Erscheinung nach nicht widerrechtlich ist, kann sie strafrechtlich gar nicht in Betracht kommen, bevor ausgemacht ist, daß der Handelnde aus einem besonderen Grunde verpflichtet war, die Handlung nicht zu begehen. Diese Pflicht selbst oder der besondere Grund, auf welchem dieselbe beruht, ist zwar kein Bestandtheil der widerrechtlichen Handlung und mithin auch nicht des verbrecherischen Thatbestandes; aber sie ist die factische Voraussetzung, ohne welche die Handlung keine widerrechtliche sein kann. Auf derselben Voraussetzung beruht aber auch die Widerrechtlichkeit derjenigen Handlungen, welche sich schon ihrer äußeren Erscheinung nach als widerrechtliche zu erkennen geben. Nur liegt bei diesen der Beweis, daß jene Voraussetzung vorhanden sei, bis das Gegentheil bewiesen wird, in der äußeren Erscheinung selbst, während jene durch ihre äußere Erscheinung den Beweis ihrer Rechtmäßigkeit liefert, und

---

früher gezeigt worden, auch gegen ein objectiv gar nicht existirendes Recht begangen werden; z. B. ein Versuch der Tödtung an einem Todten, des Diebstahles an der eigenen Sache. S. oben S. 191. Der äußeren Erscheinung nach wird die Handlung hier oftmals keine widerrechtliche sein. Allein sie ist dennoch widerrechtlich, wenn das Recht nur in der Meinung des Handelnden existirte. Ein anderes Beispiel in l. 19. §. 6 l. 66. pr. D. 47. 2., wonach der Eigenthümer, welcher die einem Anderen verpfändete, wenn auch nicht übergebene Sache einem Dritten verkauft, ein furtum begehet. Das Verkaufen der eigenen Sache ist seiner äußeren Erscheinung nach immer eine rechtmäßige Handlung, welche aber wegen des angegebenen Grundes eine widerrechtliche ist. Bei den Gesetzesverbrechen bildet ein Beispiel die Bigamie, welche ihrer äußeren Erscheinung nach eine rechtmäßige Ehe, und nur unter der Voraussetzung, daß sie mit dem Bewußtsein einer früher eingegangenen und noch bestehenden ehelichen Verbindung eingegangen wird, eine widerrechtliche Handlung ist.

Digitized by Google

mithin bis zu geführtem Gegenbeweise für eine rechtmäßige genommen werden muß. Der Beweis der Widerrechtlichkeit ist also in diesem Falle eigentlich ein Gegenbeweis, der darauf geht, den in der äußeren Erscheinung liegenden Beweis der Rechtmäßigkeit der Handlung zu widerlegen und zu entkräften. Die Widerrechtlichkeit selbst aber ist in diesem Falle ganz dieselbe, als in dem anderen Falle, da sie schon aus der äußeren Erscheinung hervorgeht.

Daß eine Handlung, die nicht widerrechtlich ist, für eine widerrechtliche genommen werde, kann dabei nicht vorkommen. Denn die Handlung giebt sich ja durch ihre äußere Erscheinung als eine rechtmäßige zu erkennen, und muß für eine solche gelten, bis der besondere Grund nachgewiesen wird, aus welchem der Handelnde verpflichtet war, sie nicht zu begehen. Nicht ein Mal der umgekehrte Fall, daß eine widerrechtliche Handlung für eine rechtmäßige genommen würde, kann dabei eintreten. Denn die ihrer äußeren Erscheinung nach rechtmäßige Handlung ist auch juristisch immer eine rechtmäßige, bis das Gegentheil bewiesen ist, und kann juristisch immer nur unter Voraussetzung dieses Beweises für eine widerrechtliche angesehen werden. Darum braucht über den Fall, da sich die Handlung schon ihrer äußern Erscheinung nach als eine rechtmäßige zu erkennen giebt, Nichts weiter hinzugefügt zu werden.

In dem anderen Falle, da die ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung als eine solche dargethan werden kann, zu welcher der Handelnde berechtigt gewesen, ist die Handlung auch in der That eine rechtmäßige.[1]) Aber die Rechtmäßigkeit ist nicht ohne Weiteres erkennbar,

1) Z. B. Tödtung aus Nothwehr.

Digitized by Google

sondern Sache eines Gegenbeweises, der gegen den in ihrer äußeren Erscheinung liegenden Beweis der Widerrechtlichkeit der Handlung geführt werden muß. Darum kann hier sehr wohl der Fall eintreten, daß eine rechtmäßige Handlung für eine widerrechtliche genommen wird, oder mit anderen Worten, daß ein Bestandtheil des Thatbestandes nur scheinbar und nicht wirklich vorhanden ist. Deßwegen kann, damit die Rechtswidrigkeit der Handlung mit materialer Gewißheit hergestellt werde, nicht der in der äußeren Erscheinung dafür liegende Beweis für genügend gehalten werden.[1]) Vielmehr muß außerdem dargethan werden,

---

1) Damit ist auch von selbst gesagt, daß die im Texte ausgesprochene Behauptung, die Rechtmäßigkeit der Handlung sei in diesem Falle Sache eines Gegenbeweises, nicht so verstanden werden kann, als habe der Angeschuldigte denselben zu liefern, so daß seine Handlung, so lange er diesen Gegenbeweis nicht liefere, für eine widerrechtliche genommen werden müsse. Denn im Criminalrechte kommt es nicht auf bloß formale, sondern auf materiale Gewißheit an, und diese letztere ist in Beziehung auf die Widerrechtlichkeit der Handlung nicht vorhanden, bis nicht gewiß ist, daß keine Gründe vorliegen, aus welchen die Handlung nicht widerrechtlich sein könnte. Die materiale Gewißheit der Widerrechtlichkeit herzustellen, ist aber Sache des Anschuldigungsbeweises, zu dessen Aufgabe es mithin auch gehört, den Beweis zu liefern, daß es an Gründen fehlt, aus welchen die Handlung eine rechtmäßige sein würde. Die Pflicht, diesen Beweis zu liefern, ist aber natürlicher Weise unabhängig davon, ob von Seiten des Angeschuldigten der Gegenbeweis, daß seine Handlung eine rechtmäßige gewesen, angetreten wird, oder nicht, so daß im Inquisitionsprocesse auf jeden Fall von dem Gerichte von Amtswegen nach den Gründen geforscht werden muß, aus welchen eine ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung eine rechtmäßige sein könnte.

Digitized by Google

daß der Handelnde nicht aus einem besonderen Grunde berechtigt gewesen, die Handlung zu begehen. Daher erscheint es nothwendig, die Gründe zu entwickeln, aus welchen das Recht entstehen kann, eine ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung vorzunehmen. Offenbar aber können diese Gründe nur in dem Gegensatze oder dem Mangel des Grundes liegen, aus welchem die Handlung in der That eine widerrechtliche ist; folglich bei den Handlungen, durch welche ein Gesetzesverbrechen begangen werden könnte, nur darin, daß gar kein Gebot oder Verbot durch dieselben verletzt wird, bei den Handlungen der anderen Art aber, durch welche ein Rechtsverbrechen begangen werden würde, nur darin, daß durch sie der Pflicht, die Rechte anderer Menschen nicht zu verletzen, nicht zuwider gehandelt wird.

In Ansehung derjenigen Handlungen aber, welche keine rechtsverletzende Richtung haben, kann sich die Ausführung über den Grund, aus welchem sie rechtmäßige Handlungen sind, auf wenige Bemerkungen beschränken. Denn wie die Handlungen dieser Art nur aus dem Grunde wirklich widerrechtliche sind, weil ein Gebot oder Verbot vorhanden ist, welches durch sie verletzt wird, so können dieselben auch nur aus dem Grunde rechtmäßige sein, weil es an einem Gebote oder Verbote fehlt, welches auf sie bezogen werden könnte. Wenn daher eine Handlung dieser Art ihrer äußeren Erscheinung nach eine Uebertretung des Gebotes oder Verbotes enthält und dennoch eine rechtmäßige ist, so kann das seinen Grund nur darin haben, daß sie unter dasselbe nicht subsumirt werden kann, oder mit anderen Worten, daß dasselbe in Beziehung auf sie gar nicht vorhanden ist. Ob aber in Beziehung auf eine Handlung

Digitized by Google

ein Gebot oder Verbot vorhanden sei oder nicht, muß aus der positiven Strafgesetzgebung ohne Weiteres erkennbar sein, indem sich aus dem Umfange der Handlungen, welche unter dasselbe subsumirt werden können, auch die nicht darunter begriffenen Handlungen ergeben müssen.[1]) Jedes Falles kann es nur in dem Mangel eines auf sie sich beziehenden Gebotes oder Verbotes seinen Grund haben, daß eine Handlung für eine rechtmäßige angesehen werden muß. Dem Grunde, auf welchem dieser Mangel beruht, weiter nachzuforschen, kann aber juristisch nicht von Bedeutung sein. Denn worin auch dieser Grund bestanden haben mag, der Mangel des Gebotes oder Verbotes ist durchaus derselbe, und dieser Mangel selbst, nicht der Grund desselben, ist der Grund, aus welchem die Handlung eine rechtmäßige ist. Darum brauchen über den Grund, aus welchem nicht rechtsverletzende Handlungen, auch wenn sie ihrer äußeren

---

1) Ein Beispiel davon im Art. 129. der P. G. O., wo diejenigen, welche Jemand muthwillig befehden, mit der Todesstrafe bedroht sind, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht vom Kaiser Erlaubniß dazu erhalten haben, so daß das Verbot auf diejenigen, welche diese Erlaubniß haben, gar nicht bezogen werden kann. Ein anderes Beispiel in l. 29. C. 9. 9., wo gesagt ist, daß diejenigen, welche in einer caupona mit einer ministra, quae potantibus ministerium praebuit, ein adulterium begehen, nicht wegen Ehebruches sollen angeklagt und bestraft werden können. Das Verbot des Ehebruches bezieht sich mithin gar nicht auf diese Fälle und kann also in denselben auch nicht übertreten werden. Ein ferneres Beispiel kommt in unseren Tagen häufig vor, wenn Hasardspiele im Allgemeinen bei Strafe verboten, jedoch bei gewissen Gelegenheiten, z. B. Vogelschießen und anderen Volksfesten, gestattet sind. Alsdann ist eben nur das außerhalb solcher Gelegenheiten verübte Hasardspiel verboten.

Digitized by Google

Erscheinung nach einem Gebote oder Verbote widersprechen, keine rechtswidrigen sind, keine weiteren Bemerkungen hinzu gefügt zu werden.

Anders dagegen verhält sich die Sache in Ansehung der Handlungen der anderen Art, durch welche die Rechtsverbrechen begangen werden. Dieselben sind widerrechtlich, weil durch sie der Pflicht, die Rechte anderer Menschen nicht zu verletzen, zuwider gehandelt wird. Rechtmäßig kann mithin eine Handlung nur unter der Voraussetzung sein, daß durch sie diese Pflicht nicht verletzt werde. Sie liegt aber, diese Pflicht, dem Menschen ob allen Rechten gegenüber, welche anderen Menschen zustehen. Folglich kann eine Handlung, welche ihrer äußeren Erscheinung nach dem Rechte eines Anderen widerspricht, nur unter der Voraussetzung nicht widerrechtlich sein, daß dieses Recht demselben in der That gar nicht zustand.

Das bedarf aber noch einer näheren Erläuterung. Zwar kann es keinem Zweifel unterliegen, daß jede Handlung, durch welche das einem Anderen wirklich zustehende Recht verletzt wird, eine widerrechtliche ist, und daß dieselbe auch dadurch nicht aufhört, eine widerrechtliche zu sein, daß der Handelnde gar nicht die Absicht hatte, dieses Recht zu verletzen, oder daß er in der Meinung stand, daß dasselbe dem Anderen gar nicht zustehe. Denn dadurch wird nicht aufgehoben, daß dieses Recht wirklich verletzt wurde, und eine Rechtsverletzung muß immer eine widerrechtliche Handlung sein. Allein deßwegen darf man noch nicht umgekehrt schließen, daß es zu dem Begriffe und Dasein einer widerrechtlichen Handlung dieser Art schlechterdings erforderlich sei, daß wirklich objectiv ein Recht bestanden, welches durch dieselbe hätte verletzt werden können. Denn es ist

Digitized by Google

schon früher gezeigt worden,[1]) daß eine Handlung auch noch alsdann eine Verletzung des objectiven Rechtes enthalte, wenn sie das Recht eines Anderen zwar nicht wirklich verletze, aber auf die Verletzung desselben gerichtet gewesen sei. Die wirkliche Vollendung der Verletzung ist zum Theil bedingt durch Umstände, welche ganz unabhängig von den Handelnden sind, und ebendeßwegen nicht bewirken können, daß eine Handlung zur rechtmäßigen oder zur widerrechtlichen werde, je nachdem durch ihren Mangel oder ihr Dasein jene Vollendung möglich gemacht wird, oder nicht. Daher ist zwar, damit eine Rechtsverletzung vollendet werden könne, das objective Dasein des zu verletzenden Rechtes erforderlich; allein in sofern dieses Dasein ein von dem Handelnden unabhängiger Umstand ist, kann es auch nicht von ihm abhängig sein, ob die Handlung als eine rechtmäßige oder widerrechtliche angesehen werden müsse. Daß vielmehr eine Handlung entweder rechtmäßig oder widerrechtlich sei, kann seinen Grund nur in dem Handelnden selbst haben, und nicht in äußeren, von ihm unabhängigen Umständen. Daher liegt, wenn die Handlung, durch welche das einem Anderen wirklich zustehende Recht verletzt wird, immer eine widerrechtliche ist, der Grund dieser Widerrechtlichkeit nicht darin, daß dem Anderen ein Recht zustand, sondern nur darin, daß durch dieselbe auf jeden Fall die Pflicht verletzt wurde, keine das Recht eines Anderen verletzende Handlung zu unternehmen, und das verletzte Recht selbst hat dabei nur die Bedeutung, als Beweismittel zu dienen, daß durch die Handlung in der That diese Pflicht verletzt worden war.[2]) Diese Pflicht aber hat

1) S. oben S. 187.
2) S. oben S. 188.

Digitized by Google

ihre Quelle und ihren Grund nicht in dem objectiven Dasein des einem Anderen zustehenden Rechtes, so daß gesagt werden könnte, der Eine erhalte die Pflicht, weil der Andere das Recht habe, sondern sie wird dem Menschen durch die Vernunft und durch das objective Recht eingegeben, so daß umgekehrt gesagt werden muß, daß das Recht des Einen in der Pflicht des Anderen seinen Grund und seine Quelle habe. Die Pflicht ist also das Ursprüngliche oder der Grund, und das Recht des Anderen das Begründete, woraus von selbst folgt, daß zwar das Recht von der Pflicht, aber nicht umgekehrt diese von jenem abhängig ist. Mithin kann eine Verletzung dieser Pflicht und also eine widerrechtliche Handlung auch noch da begangen werden, wo gar kein Recht objectiv existirte, welches durch dieselbe hätte verletzt werden können. Auf der anderen Seite ist aber richtig, daß Recht und Pflicht Wechselbegriffe sind, und daß von einer Pflicht nicht anders als in Beziehung auf ein ihr gegenüber stehendes Recht die Rede sein kann. Es folgt aber aus dem Bisherigen, daß das nicht so verstanden werden kann, daß das Recht objectiv bestanden haben müsse. Vielmehr kann, wie diese Pflicht nur in dem Handelnden selbst liegt, auch das Recht, auf welches sie sich beziehen muß, nur in dem Inneren des Handelnden vorhanden sein müssen. Denn in sofern eine Rechtspflicht ohne ein entsprechendes Recht nicht denkbar ist, und in sofern der Grund derselben nur in dem Inneren des Handelnden liegt, kann es auch nur darauf ankommen, daß jenes Recht in dem Inneren des Handelnden vorhanden sei. Daraus folgt aber, daß es zu dem Begriffe und Dasein einer widerrechtlichen Handlung genügt, daß dieselbe auf die Verletzung eines, wenn auch nicht objectiv, aber doch subjectiv vorhandenen, d. h. in dem Inneren des Handelnden liegenden

Digitized by Google

oder seiner Meinung nach bestehenden Rechtes gerichtet gewesen war.

Wenn also vorhin behauptet worden ist, daß eine Handlung, welche ihrer äußeren Erscheinung nach dem Rechte eines Anderen widerspricht, nur unter der Voraussetzung nicht widerrechtlich sein könne, daß dieses Recht nicht bestanden, so muß das sowohl auf das objective, als auf das subjective Bestehen dieses Rechtes bezogen werden. Wenn das Recht objectiv wirklich bestand, muß jede Handlung, durch welche dasselbe verletzt wird, eine widerrechtliche sein.[1]) Die Handlung ist aber auch eine widerrechtliche, wenn sie auf die Verletzung eines zwar nicht objectiv, aber subjectiv bestehenden Rechtes gerichtet war. Um mithin die Gründe zu finden, aus welchen eine ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung eine rechtmäßige ist, kann es nur darauf ankommen, die Gründe zu entwickeln, aus welchen einem Anderen ein Recht nur scheinbar, aber nicht wirklich zusteht, oder mit anderen Worten, aus welchen Jemand eines Rechtes, welches ihm außerdem zugestanden haben würde, verlustig geworden ist. Denn ist dieses der Fall, so kann unter der Voraussetzung, daß dieses Recht auch nicht subjectiv, d. h. nicht in der Meinung des

1) Denn das Recht könnte gar nicht objectiv bestanden haben, wenn der Andere nicht die Pflicht gehabt hätte, dasselbe nicht zu verletzen, und diese Pflicht muß durch die Verletzung des Rechtes immer verletzt werden. Auch wenn Jemand ein Recht in der Meinung verletzt, daß dasselbe einem Anderen gar nicht zustehe, begeht er eine Verletzung dieser Pflicht, da er von derselben unmöglich durch jene irrige Meinung entbunden werden kann. Denn Jeder soll bloß solche Handlungen vornehmen, von welchen er weiß, daß durch sie die Rechte anderer Menschen nicht verletzt werden. S. auch oben S. 308 f.

Digitized by Google

Handelnden bestand, gar keine auf Verletzung desselben gerichtete Handlung begangen werden.

Daß aber Jemand eines Rechtes, welches ihm außerdem zugestanden haben würde, verlustig werde, kann nur aus zwei Gründen geschehen; entweder, weil er selbst dieses Recht aufgab, oder weil ihn unter gewissen Voraussetzungen die Gesetze desselben verlustig erklärt haben. Mithin wird auch nur aus diesen beiden Gründen die ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung eine rechtmäßige sein können. Die Rechtslehrer führen zwar außerdem noch andere Gründe an, aus welchen die Rechtswidrigkeit der Handlung aufgehoben werde; [1]) es wird sich aber

---

1) Wächter, §. 55 und §. 60. rechnet unter diese Gründe auch noch den Nothstand und den vollkommen verbindlichen Befehl. Ebenso Abegg, §. 105 und §. 108. Allein dadurch, daß der Eine sich im Nothstande befindet, z. B. in dem Zustande einer wirklichen Hungersnoth, kann ein Anderer sein Recht nicht verlieren. Ebenso wenig kann Jemand sein Recht dadurch verlieren, daß ein Vorgesetzter einem Untergebenen, der ihm Gehorsam schuldig war, den Befehl gegeben hatte, dasselbe zu verletzen. Rechtsverletzungen, die im Nothstande oder auf Befehl verübt werden, sind daher immer widerrechtliche Handlungen; aber sie sind keine verbrecherischen Handlungen, weil es in diesen Fällen an der verbrecherischen Willensbestimmung mangelt. Das Nähere darüber kann erst weiter unten vorkommen. Andere, z. B. Martin, §. 44. und Hefftter, §. 35 ff. werfen die Gründe, aus welchen die Handlung aufhört, eine rechtswidrige zu sein, zusammen mit den Gründen, aus welchen überhaupt das Dasein eines Verbrechens ausgeschlossen wird. Allein bei diesem Verfahren muß die klare Anschauung der einzelnen Bestandtheile des verbrecherischen Thatbestandes nothwendig leiden, indem dabei nicht zu ersehen ist, welches Merkmal des Thatbestandes durch den einen oder anderen dieser Gründe aufgehoben und ausgeschlossen werde.

Digitized by Google

zeigen, daß diese Gründe, obgleich sie allerdings die Wirkung haben, das Dasein eines Verbrechens auszuschließen, doch das Merkmal der Rechtswidrigkeit gar nicht betreffen, und mit den Gründen, durch welche dieses aufgehoben wird, nicht zusammengestellt werden dürfen. Vorerst aber ist nöthig, die angegebenen beiden Gründe zu entwickeln, aus welchen das Merkmal der Rechtswidrigkeit aufgehoben wird.

Der erste dieser Gründe, der darin besteht, daß Jemand ein in ihm zustehendes Recht freiwillig aufgegeben, ist in dem bekannten Satze: „volenti non fit injuria" ausgesprochen. Ulpian, von welchem dieser Satz herrührt, spricht zwar denselben nur aus in Beziehung auf Injurien, indem er behauptet, daß dem Vater wegen einer gegen den Sohn begangenen Injurie, in welche dieser selbst gewilligt, nur in seinem eigenen Namen, nicht auch im Namen des Sohnes die Injurienklage zustehe. [1]) Es entsteht aber die Frage, ob und in wie weit dieser Satz allgemeinere Geltung habe, und auch auf andere Verbrechen in Anwendung komme, oder mit anderen Worten, ob die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung ganz allgemein und in Beziehung auf alle Verbrechen die Wirkung habe, den Begriff des Verbrechens aufzuheben, oder wenigstens zu verändern, so daß unter vorausgesetzter Einwilligung entweder gar kein oder wenigstens nicht dasjenige

1) L. 1. §. 5. D. 47. 10. „Usque adeo autem injuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam si volentem filium quis venditerit, patri suo quidem nomine competat injuriarum actio; filii vero nomine non competit, quia nulla est injuria, quae in volentem fiat." l. 7 §. 4. D. 9. 2. reg. 27. VI. de R. J. 5. 13.

Digitized by Google

Verbrechen mehr vorliege, welches ohne dieselbe begangen gewesen sein würde. Ueber diese Frage sind die Gelehrten noch keineswegs einverstanden.

Die Mehrzahl der neueren Criminalisten läßt den angegebenen Satz nur mit der Beschränkung gelten, daß es sich um solche Rechte handele, über welche dem Privatwillen des Einwilligenden eine Verfügungsbefugniß zustehe, so daß eine gegen einen Einwilligenden begangene Handlung, welche ohne die Einwilligung auf jeden Fall Verbrechen gewesen sein würde, nur unter der Voraussetzung dieses Verbrechen nicht bilde, daß es demselben überhaupt rechtlich möglich gewesen sei, sich dieses Rechtes zu begeben [1]). Andere nehmen dagegen für den Satz allgemeinere Gültigkeit in Anspruch, indem sie behaupten, die Einwilligung in die Verletzung habe jedes Falles die Wirkung, daß die Handlung nicht mehr als dasjenige Verbrechen angesehen werden dürfe, welches sie ohne dieselbe gewesen sein würde, so daß die Handlung, wenn sie überhaupt noch strafbar sein solle, nur als Polizeiübertretung in Frage kommen können. [2]) Noch Andere, scheint es, wollen gar kein durchgreifendes Princip bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage anerkennen, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles die Einwilligung des Verletzten bald als Strafminderungsgrund gelten lassen, bald gar kein Gewicht auf dieselbe legen. [3])

---

1) Feuerbach, §. 35. Heffter, §. 38. Abegg §. 102.

2) Tittmann, Handbuch, Band I, §. 32 (der ersten Auflage). Stübel, über den Thatbestand, §. 106, und im N. A. des C. R. IX, S. 551 ff. Henke, Handbuch, Theil I. §. 38. Wächter, §. 59.

3) Mittermaier, in der Note zu Feuerbach, §. 35. und

Wenn in dem Folgenden nachgewiesen werden wird, daß es allerdings nicht an einem durchgreifenden Principe fehlt, nach welchem diese Frage entschieden werden muß, so folgt daraus von selbst, daß diese letztere schwankende Ansicht nicht die richtige sein kann. Was aber die beiden anderen angegebenen Ansichten betrifft, so läßt sich der Unterschied zwischen ihnen darauf zurückführen, daß nach der einen gewisse Rechte in der Weise unveräußerlich sind, daß dem Berechtigten gar nicht die Befugniß zusteht, auf dieselben zu verzichten, so daß eine etwaige Einwilligung in die Verletzung gar keine rechtliche Bedeutung haben könne, während nach der anderen Ansicht ein Unterschied zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten nicht besteht, sondern jedes Recht seinem Begriffe nach mit sich bringt, daß die Einwilligung des Berechtigten in die Verletzung den Begriff der Rechtsverletzung aufheben muß. Gegen die erstere Ansicht ist mit Recht erinnert worden, daß sowohl philosophisch, als nach positivem Rechte von keinem Rechte nachgewiesen werden könne, daß es in der angegebenen Weise unveräußerlich sei. Nach einer sehr verbreiteten Ansicht sollen unveräußerliche Rechte die sogenannten Urrechte oder die angeborenen Rechte sein, welche dem Menschen unmittelbar kraft seiner menschlichen Natur zustehen, ohne zu ihrer Entstehung einer anderen Voraussetzung zu bedürfen, als die Thatsache, daß Jemand als Mensch geboren ist und existirt. Den Gegensatz dieser angeborenen Rechte sollen die sogenannten erworbenen Rechte bilden, welche zu ihrer Entstehung noch eine besondere Thatsache, einen bestimmten Act

---

N. A. des L. R. IX. S. 705. Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, §. 56 ff.

Digitized by Google

der Erwerbung als Voraussetzung erfordern, und deßwegen auch hypothetische Rechte genannt werden. Zu den angeborenen Rechten rechnet man allgemein das Leben, die Gesundheit und die Freiheit; in Ansehung des Rechtes auf Ehre und guten Namen ist man nicht ganz darüber einverstanden, obgleich wenigstens so viel gewiß ist, daß dieses Recht zu seiner Entstehung keinen besonderen Act der Erwerbung erfordert. [1])

Allein es kann philosophisch nicht nachgewiesen werden, daß die genannten Rechte in der That unveräußerliche seien, so daß die Einwilligung des Berechtigten in die Verletzung gar nicht die Wirkung haben könnte, den Begriff der Rechtsverletzung aufzuheben. Unveräußerlich können dieselben zwar in zweifacher Beziehung genannt werden; erstens in sofern es dem Sittengesetze widerspricht, sich dieser Rechte zu begeben, ohne weitere sittliche Zwecke damit zu verfolgen; zweitens in sofern dieselben nicht Gegenstand des Privatverkehrs sein und an Andere übertragen werden können. [2]) Allein weder aus der einen, noch aus der anderen Beziehung folgt etwas für die Unanwendbarkeit des Satzes: „volenti non fit injuria“ auf die gegen einen Einwilligenden verübte Verletzung dieser Rechte. Denn das Unsittliche ist nicht nothwendig zugleich auch unrechtlich, so daß der Verzicht auf diese Rechte, wenn er auch unsittlich sein mag, deßwegen allein noch nicht für unrechtlich und nichtig gelten kann; überdieß kann auch in Ansehung der erworbenen Rechte nicht geleugnet werden, daß eine unvernünftige Entäußerung derselben, z. B. Ver-

1) Vgl. überhaupt hierüber Hepp im N. A. des C. R. XI. S. 65 ff.

2) Stübel, im N. A. des C. R. IX. S. 557 ff.

Digitized by Google

schwendung, dem Sittengesetze widerspreche, und dennoch wird Niemand behaupten wollen, daß die Ausgaben, welche der Verschwender gemacht hat, unrechtlich und nichtig seien, und daß die Empfänger eine Rechtsverletzung begegen, wenn sie dieselben annehmen. Daß die angegebenen Rechte nicht an Andere übertragen und zu Rechten von diesen gemacht werden können, liegt in der Natur der Sache, da Jeder nur sein eigenes Leben, seine eigene Gesundheit, Freiheit und Ehre haben kann. [1]) Allein deßwegen

---

1) Aus diesem Grunde kann auch Niemand aus einem Vertrage ein Recht darauf erhalten, daß ein Anderer sein Leben, seine Gesundheit, Freiheit oder Ehre aufgebe. Denn die Nichterfüllung des Vertrages, in welchem das versprochen gewesen wäre, könnte auf keinen Fall eine Rechtsverletzung enthalten. In der Geschichte ganz roher Völker und Zeiten fehlt es freilich nicht an Ausnahmen, indem z. B. nach dem Schuldrechte der alten Römer und Teutschen der Gläubiger den insolventen Schuldner tödten, oder verstümmeln, oder als Sclaven verkaufen oder behalten konnte. Vgl. Niebuhr, römische Geschichte, Theil II. S. 668 und Jacob Grimm, teutsche Rechtsalterthümer, S. 613 ff. Auch die ehemals vielfach in die Verträge aufgenommene, aber durch die R. P. O. von 1537, tit. 35. §. 7 verbotene Clausel, daß der wortbrüchige Schuldner ein Schandgemälde auf sich machen, oder sich einen Schelmen schelten lassen wolle, ist ein Beispiel, daß Jemand gegen einen Anderen die Pflicht übernehmen konnte, seine Ehre angreifen zu lassen. Abgesehen aber hiervon liegt es in der Natur der Sache, daß Jeder, der einem Anderen gegenüber auf ein angeborenes Recht verzichtet hat, den Verzicht, so weit es noch physisch möglich ist, jeder Zeit zurücknehmen kann. Vgl. Stübel a. a. O. S. 560. — Eine andere Frage ist, wie weit Jemand auf einzelne Rechte und Güter, welche aus diesen angeborenen Rechten hervorgehen, in der Weise verzichten könne, daß ein Anderer ein Zwangsrecht darauf erhalte, z. B. auf seine Freiheit, indem er sich einem Anderen dienstbar macht, auf die Inte-

Digitized by Google

kann noch nicht behauptet werden, daß der Berechtigte rechtlich verhindert sei, diese Rechte aufzugeben oder zu derelinquiren. Denn Theils giebt es außer den angegebenen noch andere Rechte, welche ebenfalls nicht an Andere übertragen und dennoch unzweifelhaft von dem Berechtigten nach Belieben derelinquirt werden können, [1]) Theils folgt es unwiderleglich aus dem Begriffe des Rechtes, daß es dem Berechtigten nur die Befugniß oder die Freiheit gewährt, keines Weges aber die Pflicht oder die Nothwendigkeit auferlegt, von dem Inhalte desselben Gebrauch zu machen. [2])

Ebenso wenig kann aber nachgewiesen werden, daß es nach positivem Rechte nicht gestattet sei, die genannten angeborenen Rechte aufzugeben oder zu derelinquiren. Denn es ist gewiß, daß kein Gesetz die Pflicht auferlegt, sein

---

grität seines Körpers, indem er einem Friseur seine Haare, einem Zahnarzte seine Zähne verkauft, u. s. w. Hier muß wohl entscheiden, ob der Vertrag seinem Inhalte nach als ein pactum turpe anzusehen sei, oder nicht.

1) Denn alle sogenannten höchst persönlichen Rechte können nicht an dritte Personen übertragen werden, z. B. Privilegien und Nießbrauch, wobei nur die Ausübung, nicht aber das Recht selbst einem Anderen überlassen werden kann.

2) Deßwegen behauptet wohl Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, S. 63. und im N. A. des C. R. IX. S. 626, daß die unveräußerlichen Rechte gar keine eigentlichen Rechte seien, sondern Rechte höherer Art oder sittliche Existenzen und Verhältnisse, welche über dem Standpuncte des gewöhnlichen Rechtes stehen. Allein in sofern die unveräußerlichen Rechte der Person zustehen, und in sofern sie verlangen darf, von Anderen nicht darin gestört zu werden, gehören dieselben zu ihren Rechten, wie denn auch eine wider den Willen der Person begangene Verletzung derselben offenbar eine Rechtsverletzung ist.

Digitized by Google

Leben und seine Gesundheit zu schonen, daß Handlungen, welche mit offenbarer Gefahr für beide verbunden sind, vom Staate geduldet werden, [1]) und daß unser positives Recht den Selbstmord im Allgemeinen nicht als unerlaubt ansieht; daraus folgt aber [2]) unwiderleglich, daß auch das Leben nicht als ein solches Gut betrachtet werde, über welches gar keine Disposition zustehe [3]). Zwar folgt aus dem Erlaubtsein des Selbstmordes ebenso wenig, daß es auch erlaubt sei, einen Einwilligenden um das Leben zu bringen [4]),

1) Z. B. Militärdienst in Kriegszeiten, Bergbau, u. s. w.

2) Vgl. über den Selbstmord vorzüglich Wächter, im N. A. des C. R. X. S. 72 ff. und S. 216 ff. und meine Abhandlungen, Band I, S. 128.

3) Die häufig dagegen angeführten Worte von Ulpian in l. 13. D. 9. 2. „Nemo dominus membrorum suorum videtur" beziehen sich gar nicht auf diese Frage, da mit denselben bloß der Satz begründet werden soll, daß ein Freier wegen ihm zugefügter Körperverletzungen die Actio legis Aquiliae nicht direct, sondern nur utiliter habe. Vgl. Wächter, a. a. O. S. 227. und Hepp, im N. A. des C. R. XI, S. 74. Dagegen erkennt Ulpian ausdrücklich an, daß nach der naturalis ratio sogar den Sclaven, um so mehr also den freien Menschen, das Recht nicht abzusprechen sei, sich zu verstümmeln oder um das Leben zu bringen. L. 9. §. 7. D. 15. 1. „Licet etiam servis naturaliter, in suum corpus saevire." Wächter, a. a. O. S. 230. Wie sich Roßhirt, Abhandlungen, S. 344. um zu beweisen, daß derjenige, der sich mit Willen des Anderen an dessen Leib und Leben vergreife, eine injuria begehe, auf die Titel im Codex de emendatione servorum et propinquorum berufen kann, vermag ich nicht einzusehen. Denn in diesen Titeln (C. 9. tit. 14 und 15) steht nur, daß die Herren den Sclaven, und die älteren Verwandten den jüngeren gegenüber ein Züchtigungsrecht haben, welches sie aber nicht ungestraft mißbrauchen dürfen.

4) Denn es ist unrichtig, wie Stübel über den Thatbestand,

Digitized by Google

als aus dem Verbote des Selbstmordes geschlossen werden könnte, daß die Einwilligung des Getödteten nicht die Wirkung haben könne, die Tödtung nicht als Rechtsverletzung erscheinen zu lassen; [1]) allein jedes Falles geht.

---

§. 106 und im N. A. des C. R. IX. S. 559. mit vielen Anderen thut, den in seine eigene Tödtung Einwilligenden als intellectuellen Urheber eines Selbstmordes und den Tödtenden als Theilnehmer am Selbstmorde, also als Theilnehmer an einer nicht unerlaubten Handlung zu betrachten, woraus alsdann allerdings die Straflosigkeit des Tödtenden folgen würde. Wie früher gezeigt worden ist, s. oben S. 349. entstehet die Theilnahme durch Aneignung des von einem Anderen gefaßten verbrecherischen Entschlusses, und namentlich die intellectuelle Theilnahme, unter welche auch die sogenannte intellectuelle Urheberschaft gehört, dadurch, daß der intellectuelle Theilnehmer den Entschluß des Anderen, das Verbrechen zu begehen, zu dem seinigen macht. Der in seine Tödtung Einwilligende könnte also nur dadurch Theilnehmer werden, daß er den Entschluß, welchen der Andere gefaßt, sich angeeignet hätte. Dieser Andere hat aber den Entschluß, nicht sich selbst, sondern den Einwilligenden zu tödten, und dieser Entschluß ist es, an welchem dieser Theil nimmt, so daß von Theilnahme an einem Selbstmorde hier gar keine Rede sein kann. Vielmehr würde auch wo der Selbstmord erlaubt ist, der in seine eigene Tödtung Einwilligende sich der Theilnahme an einer gewöhnlichen Tödtung schuldig machen, wenn der Satz „volenti non fit injuria" bei der Tödtung gar keine Anwendung fände. Theilnahme an einem Selbstmorde würde nur in dem Falle angenommen werden können, da Jemand den Entschluß gefaßt hätte, sich selbst umzubringen, und ein Anderer an dem Entschlusse, daß er sich selbst umbringe, Theil genommen hätte. Aus nicht ganz genügenden Gründen wird auch von Hepp, im N. A. des C. R. XI. S. 77. die Stübelsche Ansicht angefochten.

1) Aus dem angegebenen Grunde, daß nämlich Selbstmord und Tödtung eines Einwilligenden gar nicht in Eins zusammen fallen.

Digitized by Google

daraus hervor, daß nach positivem Rechte das Leben nicht schlechterdings als etwas Unveräußerliches betrachtet werde. Auch könnte der Staat wohl schwerlich Todesstrafen verhängen, wenn er von der Ansicht ausginge, daß sich Niemand seines Lebens durch eine willkürliche Handlung verlustig machen könne. [1]) Die Freiheit kann nach unserem positiven Rechte ebenfalls nicht als ein unveräußerliches Gut angesehen werden. Denn außerdem könnte nicht bestimmt sein, daß ein Freier, der sich, um den Käufer zu betrügen, als Sclaven hatte verkaufen lassen, wirklich Sclav werden solle [2]), oder daß ein freies Frauenzimmer sich selbst zur Sclavin machen könne, wenn sie mit einem fremden Sclaven umging, und nach dreimaligem Verbote des Herrn, von dem Umgange nicht ablassen wollte [3]). Daß endlich die Ehre nicht unveräußerlich sei, beweisen die zahlreichen Fälle, in welchen unser positives Recht Verlust oder Schmälerung derselben eintreten läßt. [4])

Die Unveräußerlichkeit der genannten Rechte kann also nicht der Grund sein, aus welchem die Einwilligung des Verletzten bei gewissen Verbrechen nicht die Wirkung haben soll, den Begriff desselben aufzuheben oder zu verändern. Dennoch aber, und das ist der Grund, welcher mit Recht gegen die andere Ansicht geltend gemacht wird, welche der Einwilligung immer die Wirkung zuschreibt, daß

1) Denn die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe beruht nothwendig auf der Voraussetzung, daß der Verbrecher sein Recht auf das Leben verwirkt habe.

2) §. 4. J. 1. 3. Nur durch Vertrag konnte man sich nicht zum Sclaven machen. L. 37. D. 40. 12.

3) Nach dem S. C. Claudianum, welches von Justinian aufgehoben wurde. §. 1. J. 3. 13.

4) T. T. D. 3. 2. und C. 2. 12.

Digitized by Google

die Handlung wenigstens nicht dasjenige Verbrechen bilde, welches sie ohne dieselbe gewesen sein würde, ist nicht zu leugnen, daß es mehrere Verbrechen giebt, bei welchen die Einwilligung diese Wirkung erweislich nicht hat. Bei dem Verbrechen der Unfruchtbarmachung oder Castration macht es keinen Unterschied, ob der Castrirte darein gewilligt, oder nicht; [1]) wenn der Vater seinen Sohn verstümmelt, um ihn untauglich zu machen zum Kriegsdienste, wird durch die Einwilligung des Sohnes die Natur des Verbrechens nicht verändert; [2]) auf Begriff und Dasein des Zinsenwuchers hat es keinen Einfluß, daß der Schuldner selbst in die ungebührliche Verzinsung gewilligt hatte [3]); Ehebruch und Bigamie sind in gleicher Weise vorhanden, mag die Untreue des einen Ehegatten mit oder ohne Wissen und Willen des anderen Statt gefunden haben. [4])

Daß die Einwilligung des Verletzten nicht immer die Wirkung hat, den Begriff des Verbrechens aufzuheben, oder zu verändern, wird durch die eben genannten Verbrechen allerdings hinlänglich bewiesen. Auf der anderen Seite dienen aber diese Verbrechen zugleich zum Beweise, daß es nicht der Unterschied zwischen angeborenen und erworbenen

---

1) L. 4. §. 2. D. 48. 8.

2) L. 4. §. 12. D. 49. 16. Soldaten wurden auch wegen versuchten Selbstmordes bestraft. Vgl. meine Abhandlungen, a. a. O. S. 129.

3) R. P. O. von 1577. tit. XVII. §. 1 — 8.

4) S. oben S. 181. Mit Unrecht behauptet Tittmann, Handbuch §. 576 (der ersten Auflage) es sei kein Ehebruch, sondern höchstens eine unter erschwerenden Umständen begangene Unzucht, wenn der eine Ehegatte unter Genehmigung des anderen mit dritten Personen concumbirt.

Digitized by Google

Rechten sein kann, welcher darüber entscheidet, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben und verändert werde, oder nicht. Denn das Recht des Schuldners, nicht höhere, als die gesetzlichen Zinsen zu bezahlen, oder das Recht auf eheliche Treue kann auf keinen Fall ein angeborenes Recht genannt werden. Daher wird auch von Heffter [1]) mit Recht ausdrücklich anerkannt, daß mit der philosophischen Unterscheidung in veräußerliche und unveräußerliche Rechte für die Lösung dieser Streitfrage bisher Nichts gewonnen worden sei. Dennoch spricht Heffter von Rechtsobjecten, deren Genuß und Erhaltung nicht bloß von dem Willen des Besitzers abhängig und der Dereliction nicht unterworfen sei. Mit welchen Rechtsobjecten das der Fall sei, könne nur aus den Bestimmungen der einzelnen Strafgesetze, aus dem Geiste derselben, aus den sittlichen Ansichten des Volkes und endlich aus Vernunftgründen erkannt werden. Allein mit der Verweisung auf Vernunftgründe scheint Heffter selbst wieder zu der philosophischen Unterscheidung in veräußerliche und unveräußerliche Rechte zurückzukehren. Im Uebrigen hat er allerdings Recht, wenn er bei der vorliegenden Streitfrage die einzelnen Strafgesetze entscheiden lassen will. Denn nur aus den einzelnen Strafgesetzen, in welchen der Thatbestand der einzelnen Verbrechen angegeben sein muß, kann mit Sicherheit erkannt werden, bei welchen durch die Einwilligung des Verletzten der Thatbestand aufgehoben oder verändert werde. Nur darf man daraus, daß bei manchen Verbrechen die Einwilligung des Verletzten ohne Einfluß auf den Thatbestand ist, nicht den Schluß machen, daß es sich bei diesen Verbrechen um Rechte

1) Lehrbuch, §. 38 Note 2.

Digitized by Google

handele, deren Objecte der Willkür und Dereliction des Besitzers nicht anheim gegeben seien, und daß hierin der Grund liege, aus welchem durch die Einwilligung der Thatbestand nicht aufgehoben oder verändert werde. Denn jedes Recht bringt es seinem Begriffe nach mit sich, daß es willkürlich derelinquirt werden kann, und wenn es wirklich Objecte gäbe, deren Genuß und Erhaltung der Willkür und Dereliction des Besitzers nicht unterworfen sind, so würden dieselben wenigstens nicht Rechtsobjecte genannt werden können.

Wenn bei manchen Verbrechen der Thatbestand in der Weise bestimmt ist, daß für das Dasein desselben auf die Einwilligung des Verletzten Nichts ankommt, so kann dieser Einwilligung allerdings auch nicht die Wirkung zugeschrieben werden, der Handlung den Character der Rechtswidrigkeit zu benehmen. Denn wenn die Handlung ungeachtet der Einwilligung Verbrechen ist, so muß sie auch ungeachtet derselben rechtswidrig sein, da ein Verbrechen ohne Rechtswidrigkeit nicht gedacht werden kann. Es ist aber klar, daß die Handlung alsdann nicht aus dem Grunde rechtswidrig sein kann, weil sie auf die Verletzung des einem Anderen zustehenden Rechtes gerichtet war, sondern aus dem anderen Grunde, weil durch sie der durch ein Gesetz auferlegten Pflicht, die Handlung nicht zu begehen, zuwider gehandelt wurde. Das Gesetz aber, in sofern es nicht bloßes Permissivgesetz ist, sondern wirklich Präceptivgesetz oder Prohibitivgesetz, steht über dem Willen des Einzelnen, und kann durch Privatdispositionen derselben in keiner Weise berührt werden [1]).

---

1) L. 38. C. 2. 14: „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.“ L. 6. C. 2. 3. „Pacti, quae contra leges con-

Digitized by Google

Damit ist aber das Grundprincip angedeutet, nach welchem entschieden werden muß, in welchem Umfange durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Handlung aufgehoben werde. Schon vorhin ist gezeigt worden, daß in Ansehung derjenigen Handlungen, welche nicht als Rechtsverletzungen, sondern nur in der Hinsicht in Frage kommen, ob sie den positiven Anforderungen der Sitte und guten Ordnung widerstreiten, nur das positive Gesetz selbst entscheiden könne, ob sie rechtswidrige oder rechtgemäße seien. [1]) Hieraus folgt aber von selbst, daß bei diesen Handlungen die Widerrechtlichkeit oder Nichtwiderrechtlichkeit derselben von Niemandes Einwilligung abhängen kann. Denn wie diese Handlungen nur aus dem Grunde widerrechtliche sind, weil sie einem positiven Gebote oder Verbote zuwider laufen, so kann auch der Grund, aus welchem sie nicht widerrechtlich sind, nur darin liegen, daß sie nicht unter das Gebot oder Verbot subsumirt werden können. Wenn es daher Handlungen giebt, welche nur unter der Voraussetzung Verbrechen und mithin widerrechtlich sind, daß sie gegen den Willen des Verletzten unternommen wurden, so daß sie durch seine Einwilligung den Character der Rechtswidrigkeit verlieren, so können dieselben offenbar nur als Rechtsverbrechen widerrechtlich sein. Umgekehrt können dagegen Handlungen, welche ungeachtet der Einwilligung des Verletzten widerrechtlich sind, nur als Gesetzesverbrechen den Character der Widerrechtlichkeit an sich tragen.

Mithin erscheint eine Handlung entweder als Rechts-

---

stitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est."

1) S. oben S. 405.

Digitized by Google

verbrechen oder als Gesetzesverbrechen, je nachdem sie nur unter Voraussetzung der mangelnden Einwilligung des Verletzten, oder je nachdem sie ungeachtet dieser Einwilligung widerrechtlich ist. Umgekehrt muß es aber auch von dem Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen abhängen, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben oder verändert werde, oder nicht. Daher löset sich die Frage, in welchem Umfange durch die Einwillung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben oder verändert werde, in die andere Frage auf, welche Verbrechen als Rechtsverbrechen, und welche als Gesetzesverbrechen angesehen werden müssen. Der Begriff und Thatbestand des Rechtsverbrechens wird durch die Einwilligung des Verletzten immer aufgehoben, während dieselbe auf den Begriff und Thatbestand des Gesetzesverbrechens ohne Einfluß ist. Dabei kann es vorkommen, daß eine Handlung, welche bei mangelnder Einwilligung Rechtsverbrechen gewesen sein würde, noch ein Gesetzesverbrechen bildet, wenn der verletzte Theil in dieselbe gewilligt hatte. [2])

Dem Principe nach, scheint es, ist die hier entwickelte Ansicht schon von Hepp aufgestellt worden [2]). Durch die Einwilligung, lehrt er, werde das Verbrechen seinem Wesen und Begriffe nach nur da aufgehoben, wo dasselbe gesetzlich durch das Merkmal „invito laeso" bedingt sei. Im Uebrigen sei die Einwilligung ohne rechtliche Wirkung. Sie hebe den Begriff des Verbrechens nicht auf, da das „invito laeso"

---

1) Z. B. Nothzucht ist gegen eine Einwilligende nicht möglich, wohl aber ein einfaches Stuprum.

2) Im N. A. des C. R. XI. S. 65 ff. und S. 239 ff.

Digitized by Google

nicht zum Thatbestande desselben gehöre; ebenso wenig die Strafbarkeit des Thäters, da die Strafe eine rechtlich nothwendige Folge der Handlung sei, die unter das Strafgesetz falle, und da die Einwilligung nirgends für einen Aufhebungsgrund der Strafe erklärt sei; auch werde die Strafe durch die Einwilligung nicht gemindert, da dieselbe nirgends als Strafminderungsgrund aufgeführt sei. [1])

Allein in der Ausführung weicht Hepp wesentlich ab, indem er den Satz „volenti non fit injuria" nur bei einigen wenigen Verbrechen, namentlich bei Diebstahl und einigen Fällen des Betruges und der Injurie in der Weise gelten lassen will, daß mit der Einwilligung überhaupt Begriff und Dasein der unrechten Handlung hinwegfalle.[2]) Bei den übrigen Verbrechen werde durch die Einwilligung der Begriff des Verbrechens nicht aufgehoben, und folglich auch nicht die Strafbarkeit, da das Strafrecht des Staates nicht durch Verzicht oder Entsagung des Einzelnen beeinträchtigt werden könne. Namentlich sei gerade bei den schwersten Privatrechtsverletzungen, des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit in ihrem vollem Umfange und der Ehre, der Begriff des Verbrechens keines Weges durch das Merkmal „invito laeso" bedingt und folglich auch die Strafbarkeit nicht abhängig von der Einwilligung des Verletzten. [3])

Um diese Behauptung durchzuführen, kam es einzig und allein darauf an, den Beweis zu liefern, daß in der That das Merkmal „invito laeso" nicht zu dem Thatbestande dieser Verbrechen gehöre. Diesen Beweis hat zwar auch Hepp zu führen gesucht, und es wird sich nachher

1) Hepp, a. a. O. S. 279 und 286.
2) A. a. O. S. 275.
3) A. a. O. S. 270.

Digitized by Google

zeigen, ob ihm derselbe gelungen ist. Allein daneben bedient er sich eines anderen Argumentes, welches bei der Lösung dieser Streitfrage gar nicht gebraucht werden kann.

Hepp sagt, die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung enthalte eine Entsagung desselben auf die Strafe. Diese aber, welche nicht der Verletzte, sondern der Staat für die allgemeine Wohlfahrt nehme, sei gar kein Gegenstand, dem von Seiten eines Einzelnen entsagt werden könne. Es sei ein Widerspruch, daß ein Unterthan den anderen solle ermächtigen können, die Strafgesetze des Staates zu übertreten. Denn wer in den Verlust seines Lebens, seiner Gesundheit, seiner Ehre einwillige, thue Nichts Anderes, als daß er einen Anderen autorisire, das Strafgesetz wider Tödtung, Körperverletzung und Ehrenkränkung zu übertreten. [1])

Daß der Einzelne nicht auf das Strafrecht des Staates verzichten und daß er ebenso wenig einen Anderen zur Uebertretung der Strafgesetze autorisiren könne, wird Niemand leugnen. Allein das gehört gar nicht hierher, da es ungegründet ist, daß die Einwilligung des Verletzten eine Entsagung desselben auf die Strafe enthalte. Denn von einer Entsagung auf die Strafe könnte auf keinen Fall die Rede sein, bevor es feststände, daß wirklich Strafe begründet wäre, und es ist gerade die Frage, ob nicht die Einwilligung die Wirkung habe, eine Handlung, welche außerdem strafbar gewesen sein würde, überhaupt zur straflosen zu machen. Ist die Handlung bloß unter der Voraussetzung strafbar, daß der Verletzte nicht darein gewilligt, so kann seine Einwilligung gar keinen Verzicht auf eine Strafe enthalten, da diese an und für sich nicht begründet

1) A. a. O. S. 258 und 259.

ist. Ist dagegen die Handlung strafbar ungeachtet der Einwilligung des Verletzten,[1]) so kann diese Einwilligung ebenfalls nicht als eine Entsagung auf die Strafe aufgefaßt werden, da sich der Einwilligende alsdann zum Theilnehmer an der strafbaren Handlung macht, und in der Theilnahme auf keinen Fall eine solche Entsagung gefunden werden kann. Auch liegt dem logischen Begriffe zufolge in der Einwilligung in eine Handlung keines Weges die Zusage, daß der Handelnde wegen derselben nicht gestraft werden solle, sondern bloß die Willenserklärung, daß dieselbe begangen werden möge.

Ebenso wenig kann die Einwilligung in die Handlung ohne Weiteres für eine Autorisation, das Strafgesetz zu übertreten, ausgelegt werden. Denn es kommt eben darauf an, ob Handlungen, welche gegen einen Einwilligenden begangen werden, noch unter das Strafgesetz fallen, und ob dasselbe dadurch übertreten werde, oder nicht. Gehört es zum Thatbestande des Verbrechens, daß es gegen den Willen des Verletzten begangen werde, so kann begreiflicher Weise bei vorhandener Einwilligung desselben von einer Uebertretung des Straf-

---

1) Es versteht sich übrigens von selbst, daß bei vorhandener Einwilligung immer nur uneigentlich von einem Verletzten die Rede sein kann. Denn wer darein willigt, daß ein Anderer eine bestimmte Handlungsweise gegen ihn beobachte, der wird durch dieselbe eigentlich gar nicht verletzt, da ihm nach seinem eigenen Willen geschieht. Nur äußerlich kann die Handlung als Verletzung erscheinen, in sofern sie in vielen Fällen ganz dieselbe äußere Erscheinung bietet, mag sie gegen einen Einwilligenden oder einen nicht Einwilligenden begangen worden sein, z. B. bei Tödtung, Körperverletzung und Ehebruch. In anderen Fällen ist freilich auch die äußere Erscheinung eine verschiedene, z. B. bei Stuprum und Nothzucht.

Digitized by Google

gesetzes, unter welchem dieses Verbrechen steht, keine Rede sein; dagegen würde es allerdings eine Autorisation sein, das Strafgesetz zu übertreten, oder wenigstens eine Aufforderung und Einwilligung dazu, wenn Jemand in die Handlung eines Anderen einwilligte, welche ungeachtet dieser Einwilligung in einem Strafgesetze für ein Verbrechen erklärt worden wäre. Und die Einwilligung würde in diesem Falle natürlich nicht die Wirkung haben können, die Handlung als straflos erscheinen zu lassen. Allein aus diesen Bemerkungen geht unwiderleglich hervor, daß zuvörderst ausgemacht sein muß, ob durch die gegen einen Einwilligenden begangene Handlung das Strafgesetz übertreten werde, ehe in der Einwilligung selbst eine Autorisation zu dieser Uebertretung gefunden werden kann, und daß folglich daraus, daß die Autorisation zu Uebertretung des Strafgesetzes ohne rechtliche Wirkung ist, nicht geschlossen werden kann, daß die Einwilligung des Verletzten nicht die Wirkung haben könne, die Handlung zur straflosen zu machen. [1])

---

1) Uebrigens ist anzuerkennen, daß Hepp a. a. O. S. 244 mit Recht von einigen Stellen keinen Gebrauch macht, auf welche man sich sonst vielfach berief, um der Einwilligung des Verletzten gar keinen oder nur beschränkten Einfluß im Strafrechte zuzugestehen; namentlich von der l. 13. pr. D. 9. 2, von welcher schon oben S. 418. Note 3. die Rede gewesen ist; ebenso wenig von der l. 17. pr. D. 13. 6: In commodato pactio, ne dolus praestetur, rata non est" und l. 27. §. 3. 4. D. 2. 14: „Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur, quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. §. 4. Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda; veluti si paciscat, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris; expedit enim, timere furti vel injuriarum poenam. Sed post ad-

Es bleibt daher, um die Haltbarkeit oder Unhaltbarkeit der von Hepp aufgestellten Behauptung zu beurtheilen, Nichts übrig, als zu untersuchen, bei welchen Verbrechen nach unserem positiven Rechte das Merkmal „invito laeso“ wesentlich zum Thatbestande gehöre. Diese Untersuchung gehört aber, streng genommen, nicht dem allgemeinen Theile, sondern dem besonderen Theile der Strafrechtswissenschaft an. Für den allgemeinen Theil, und namentlich für den allgemeinen Thatbestand genügt es eigentlich, das Princip, nach welchem hier entschieden werden muß, in der Weise aufzustellen, in welcher es von Hepp und auch hier ausgesprochen worden ist. Indessen scheint es an diesem Orte nicht überflüssig zu sein, im Besonderen bei einigen Verbrechen zu untersuchen, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Thatbestand derselben aufgehoben werde, oder nicht. Denn gerade um einzelne

missa haec pacisci possumus.“ Denn in diesen Stellen ist bloß anerkannt, daß Niemand den Anderen gültig autorisiren könne, das Strafgesetz zu übertreten, keines Weges aber ausgesprochen, daß das Strafgesetz in gleicher Weise übertreten werde, möge der Verletzte seine Einwilligung gegeben haben, oder nicht. Ueberdieß liegt in der vorausgehenden Entsagung auf die actio furti gar keine Einwilligung in das Wegnehmen der Sache, da das „invito domino“ wesentlich zum Begriffe des Diebstahles gehört, und also bei der fraglichen Entsagung, welche doch einen zu begehenden Diebstahl voraussetzt, auf jeden Fall vorausgesetzt sein muß, daß der Eigenthümer nicht in das Wegnehmen der Sache willige. Darum gehört auch l. 20. C. 6. 2. nicht hierher, da es sich in dieser Stelle bloß um die Frage handelt, ob durch die dem Wegnehmenden unbekannte Einwilligung des Eigenthümers in das Wegnehmen der Sache der Begriff des Diebstahles ausgeschlossen werde. Vgl. über diese Stelle meine Abhandlungen Band I, S. 189 und 289.

Digitized by Google

Verbrechen hat sich die bisherige Verhandlung der Streitfrage vorzugsweise gedreht, und jedes Falles sind durch das erwähnte Princip nicht alle Zweifel abgeschnitten, so lange man darüber, ob gewisse Verbrechen zu den Gesetzesverbrechen oder zu den Rechtsverbrechen gehören, oder, um mit Hepp zu reden, ob das Merkmal „invito laeso" zu ihrem Thatbestande gehöre, oder nicht, verschiedene Meinungen hegt. Es braucht aber kaum bemerkt zu werden, daß das dem angegebenen Principe selbst nicht zum Vorwurfe gereichen kann. Denn es ist klar, daß die Zweifel alsdann nicht das Princip selbst betreffen, sondern nur den Thatbestand der einzelnen Verbrechen.[1]) Damit ist aber die Lösung der Streitfrage auf den sicheren Boden des positiven Rechtes verwiesen.

Der Zweifel, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben oder verändert werde, betrifft vorzüglich die Verbrechen, welche gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre begangen werden. Bei diesen Verbrechen ergiebt es sich aber nach Hepp schon aus dem Begriffe, daß sie durch das Merkmal „invito laeso" nicht bedingt sind. Er behauptet, den Bestimmungen über das, was zum Begriffe und Thatbestande der

1) Heffter, §. 38, Note 1. wirft der Heppschen Ausführung vor, daß in derselben die Entscheidung nur auf ein äußerliches Princip zurückgeführt werde. Dieses Princip ist aber keines Weges ein bloß äußerliches, indem es vielmehr auf den inneren, materialen Unterschied gegründet ist, der zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen Statt findet. S. oben S. 182. Nur das läßt sich von diesem Principe sagen, daß durch dasselbe die Entscheidung in bestimmter Weise auf das positive Recht zurückgeführt werde, indem man nämlich auf die Untersuchung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen verwiesen wird.

Digitized by Google

verbrecherischen Handlungen gehöre, liegen in der Regel die herrschenden Vorstellungen und Begriffe des Lebens, oder das, was man den gemeinen Sprachgebrauch nenne, zum Grunde, und das lasse sich am Wenigsten in Zweifel ziehen bei einer Gesetzgebung, welche wie die römische und teutsche unmittelbar aus dem Leben hervorgegangen. Ueberhaupt habe das Gesetz nicht zur Aufgabe, neue Begriffe von Verbrechen und Vergehungen zu schaffen, sondern nur die über dieselben im Leben herrschenden Ideen und Vorstellungen zu höherer Klarheit und Bestimmtheit zu entwickeln, das Schwankende zu fixiren, das Lückenhafte zu ergänzen, und überhaupt zu verbessern und nachzuhelfen, wo es der Nachhülfe und Verbesserung bedürfe. Diese Ansichten seien in des Lebens gemeinen Sprachgebrauch niedergelegt und werden fortwährend durch denselben ausgesprochen. Darnach habe es kein Bedenken, daß bei den Verletzungen des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre das Merkmal „invito laeso" keines Weges den Begriff des Verbrechens bedinge. Denn wer einen Anderen, obgleich auf dessen Begehren, tödte, oder verwunde, oder injuriire, dessen Handlung nenne man ganz unzweifelhaft Tödtung, Verwundung oder Körperverletzung, Ehrenkränkung oder Injurie; und ebenso sage man von dem Verletzten, er sei getödtet, verwundet, oder injuriirt worden. Bedenklicher scheine, ob man in Fällen der Art auch von einem Morde reden dürfte. Da indessen der gemeine Sprachgebrauch einen „Selbstmord" anerkenne, so scheine zum Wenigsten nach diesem die absichtliche Lebensberaubung zum Begriffe des Verbrechens zu genügen. [1])

---

1) A. a. O. S. 269 f.

Da mithin, so wird von Hepp weiter geschlossen, der Begriff des Verbrechens durch die Einwilligung des Verletzten nicht aufgehoben werde, so könne derselben überhaupt kein Einfluß zugeschrieben werden. Denn die Zurechnungsfähigkeit des Thäters werde durch die Einwilligung ebenfalls nicht ausgeschlossen, da die Handlung auf seine Freiheit oder Willkür bezogen werden könne. Auch höre der Thäter durch die Einwilligung nicht auf, strafbar zu sein, da das positive Recht im Allgemeinen dieselbe für keinen Strafaufhebungsgrund erklärt habe.[1])

Daß durch die Einwilligung des Verletzten die Zurechnungsfähigkeit und die Strafbarkeit, wenn anders diese überhaupt begründet war, nicht aufgehoben werde, wird Niemand in Abrede stellen. Dagegen muß unbedingt als unrichtig angefochten werden, was Hepp aus dem Sprachgebrauche für den Begriff des Verbrechens herleitet. Denn es kommt immer nur auf den gesetzlichen Begriff des Verbrechens an, und der Sprachgebrauch kann nur in soweit Berücksichtigung finden, als gewiß ist, daß sich der Gesetzgeber demselben habe anschließen wollen. Der Gesetzgeber muß sich freilich auch des Sprachgebrauches bedienen, der deßwegen als Interpretationsmittel gebraucht werden kann, vorzugsweise da, wo es in dem Gesetze an einer bestimmten Erklärung fehlt über die Bedeutung, in welcher die gebrauchten Worte verstanden werden sollen. Allein in der von Hepp behaupteten Weise, nach welcher der Begriff des Verbrechens überall oder wenigstens in der Regel vorläge, wo der Sprachgebrauch einen Ausdruck anwendet, den auch das Gesetz gebraucht, um dieses Verbrechen zu bezeichnen, kann er, der Sprachgebrauch, nicht über den gesetzlichen Begriff entschei-

1) A. a. O. S. 272.

Digitized by Google

den. Denn auf jeden Fall müssen in dem gesetzlichen Begriffe jedes bestimmten besonderen Verbrechens die wesentlichen Merkmale oder Bestandtheile enthalten sein, welche zu dem Begriffe des Verbrechens im Allgemeinen gehören und ohne welche überhaupt von einem Verbrechen nicht die Rede sein kann. Diese Merkmale bestehen aber darin, daß die verbrecherische Erscheinung durch eine rechtswidrige, entweder dolose oder culpose Handlung hervorgebracht worden sei, so daß der Begriff eines bestimmten Verbrechens nur vorliegen kann, wo diese Merkmale in der bestimmten Form, durch welche das Verbrechen das bestimmte wird, welches es ist, vorhanden sind. Wenn sich der Sprachgebrauch auch in Fällen, in welchen es an dem einen oder anderen dieser Merkmale mangelt, des gesetzlichen Ausdruckes für das Verbrechen bedient, so darf man sich doch dadurch nicht verleiten lassen, in denselben den gesetzlichen Begriff des Verbrechens finden zu wollen.

In der That nimmt Hepp das Dasein des gesetzlichen Begriffes des Verbrechens an, wo noch viel gebricht, um dasselbe herzustellen. Der Begriff des Verbrechens der Tödtung, Körperverletzung, Verwundung ꝛc. soll noch vorhanden sein, wenn die Handlung, welche diesen Erfolg gehabt, auch nicht ein Mal der Fahrlässigkeit des Handelnden zugeschrieben werden könne und mithin rein casuell gewesen sei. Zwar könne sie nicht zur Schuld und mithin auch nicht zur Strafe zugerechnet werden; allein die Zurechnungsfähigkeit gehöre auf keinen Fall zum Begriffe und Thatbestande des Verbrechens.[1]) Das letztere ist richtig und oben ausführlich bewiesen worden;[2]) nur folgt daraus

1) A. a. O. S. 271 f.

2) S. oben S. 405.

nicht, daß die casuelle Tödtung an und für sich unter den Begriff des Verbrechens der Tödtung falle. Denn das Zufällige, oder der Mangel dessen, was oben juristischer Causalzusammenhang genannt worden ist,[1]) schließt zwar das Urtheil der Zurechnung aus, aber nicht, weil die Zurechnungsfähigkeit dabei aufgehoben ist, sondern weil gar Nichts vorliegt, das zugerechnet werden könnte, oder mit anderen Worten, weil es dabei an dem zum verbrecherischen Thatbestande wesentlichen Merkmale des Causalzusammenhanges mangelt.[2]) Wenn man im gemeinen Leben dabei von Tödtung spricht, so kann eben nicht das Verbrechen der Tödtung dabei gemeint sein.[3])

Aus diesen Bemerkungen folgt aber zur Genüge, daß daraus allein, daß man die an einem Einwilligenden vollzogene Tödtung oder Verwundung Tödtung oder Verwundung nennt, keines Weges geschlossen werden kann, daß der gesetzliche Begriff dieser Verbrechen durch die Einwilligung nicht aufgehoben werde. Mehr für sich hat die weitere Behauptung Hepps,[4]) daß in dem Gebote: „du

---

1) S. oben S. 288 ff.

2) S. oben S. 262 ff.

3) Ebenso unrichtig ist es, wenn Hepp, a. a. O. S. 271. behauptet, die absichtliche Tödtung im Stande der Nothwehr sei ihrem Begriffe nach Tödtung, die auch zurechnungsfähig sei und selbst für eine dolose Tödtung gehalten werden müsse. Die Handlung sei aber straflos, weil nach gesetzlicher Bestimmung der Stand der Nothwehr die Strafbarkeit des Thäters aufhebe. Aber durch die Nothwehr kann nicht die Strafbarkeit des Thäters aufgehoben werden, da diese an und für sich gar nicht begründet ist, sondern nur der Begriff und Thatbestand des Verbrechens, da der aus Nothwehr Handelnde nicht rechtswidrig handelt.

4) A. a. O. S. 273.

Digitized by Google

sollst nicht tödten", oder in der Strafbestimmung: „wer einen Anderen ums Leben bringt, soll mit dem Tode bestraft werden" schon nach richtiger grammatischer Auslegung jedwede Tödtung, sowohl die mit Willen, als die wider Willen des Getödteten verübte, begriffen sei. [1]) Nur müßte, damit dieses Argument etwas beweise, zuvor bewiesen sein, daß in der That in den Quellen unseres gemeinen Rechtes in der angegebenen Weise ein Verbot oder eine Strafbestimmung wider die Tödtung enthalten sei. Auf diesen Beweis hat sich indessen Hepp gar nicht eingelassen, obgleich es einzig und allein auf ihn angekommen wäre. Denn könnte er, dieser Beweis, geführt werden, so würde sich daraus ergeben, daß die Tödtung in unserem gemeinen Rechte nicht als Rechtsverbrechen, sondern als Gesetzesverbrechen aufgefaßt wäre. Und daraus würde allerdings weiter folgen, daß der Begriff und Thatbestand derselben durch die Einwilligung des Verletzten nicht aufgehoben und verändert werden könne.

Allein es läßt sich nicht nachweisen, daß die Tödtung in den Quellen unseres gemeinen Rechtes als Gesetzesverbrechen aufgefaßt sei. Im Gegentheil muß behauptet werden, daß dieselbe ihrem gemeinrechtlichen Begriffe nach ein Rechtsverbrechen bilde, dessen Begriff und Thatbestand mithin durch die Einwilligung des Getödteten aufgehoben wird. Nach römischem Rechte erscheint die Sache allerdings zweifelhaft, indem sich die römischen Juristen nirgends aus-

1) In ähnlicher Weise behauptet Abegg, §. 102, daß bei einem allgemeinen gesetzlichen Verbote der Tödtung die Erlaubniß und selbst die Bitte des Getödteten nicht von der Verpflichtung gegen das Gesetz befreien könne. Vgl. auch Heffter, §. 230. Note 10.

Digitized by Google

drücklich darüber ausgesprochen haben. Der Strafe der lex Cornelia de sicariis waren verfallen qui caedem admiserunt sponte dolove malo, [1]) wonach es darauf ankommen würde, ob durch die Einwilligung des Getödteten der dolus malus aufgehoben werde, oder nicht. [2]) Das ist es aber gerade, worüber sich näher auszusprechen die römischen Juristen unterlassen haben. Wenn es ausgemacht wäre, daß bei der Tödtung der dolus malus lediglich in dem animus occidendi bestände, so würde allerdings der einen Einwilligenden Tödtende der Strafe der dolosen Tödtung haben unterliegen müssen. Allein der dolus malus setzt seinem Begriff nach immer Widerrechtlichkeit des Handelnden voraus, so daß, wenn die römischen Juristen hin und wieder alles Gewicht auf den animus occidendi oder auf das Handeln hominis necandi causa legen, [3]) das doch immer nur von der widerrechtlichen Absicht zu tödten verstanden werden kann. Ob daher dolos handele, wer einen Einwilligenden tödtet, hängt davon ab, ob er widerrechtlich handelt oder nicht, und das kann nur darnach beurtheilt werden, ob das Merkmal „invito laeso" zum Begriffe des Verbrechens der Tödtung gehört, oder nicht. Denn gehörte dieses Merkmal in derselben Weise zum Be-

1) L. 7. l. 16. D. 48. 8.

2) Denn die Frage kann überhaupt nur sein, ob bei vorhandener (dem Tödtenden bekannter) Einwilligung des Getödteten eine dolose Tödtung begangen werden könne. Ist das nicht der Fall, so kann natürlicher Weise auch von einer culposen Tödtung keine Rede sein, da die Tödtung an und für sich von dem Tödtenden dabei immer beabsichtigt wird. Dagegen würde allerdings an einem Einwilligenden eine culpose Tödtung begangen werden können, wenn eine dolose Tödtung desselben möglich wäre.

3) L. 1. §. 3. pr. D. 48. 8.

Digitized by Google

griffe der Tödtung, in welcher es zu dem des Diebstahles gehört, so würde, wer einem Einwilligenden das Leben nimmt, ebenso wenig eine widerrechtliche und dolose Handlung begehen, als derjenige, welcher, wenn auch in gewinnsüchtiger Absicht mit ihm bekannter Erlaubniß des Eigenthümers, eine Sache an sich nähme.[1])

Aus den Worten: „qui caedem admiserunt sponte dolove malo" läßt sich also weder entnehmen, daß nach römischem Rechte das Merkmal „invito laeso" nicht zu dem Begriffe und Thatbestande der Tödtung gehöre, noch auch, daß es dazu erfordert werde. Aus verschiedenen Gründen ist aber das Letztere wenigstens das Wahrscheinlichere. Ihrer ganzen Richtung nach erscheint die Tödtung zunächst als eine Rechtsverletzung des Einzelnen, und es ist natürlich, daß sie, wie sie meistens gegen den Willen des Getödteten begangen wird, auch in der Gesetzgebung nach die-

---

1) Hepp, a. a. O. S. 250. scheint hier anderer Meinung zu sein, und behaupten zu wollen, daß derjenige, der unter ihm bekannter Einwilligung des Eigenthümers eine Sache an sich nimmt, in der Absicht, demselben sein Eigenthum zu entziehen, an und für sich eine dolose Handlung begehe, und daß nur wegen der vorhandenen Einwilligung des Eigenthümers der Begriff des Diebstahles hinwegfalle. Indessen giebt Hepp, a. a. O. S. 251. am Ende selbst zu, daß in diesem Falle von dolus nicht weiter die Rede sein könne, weil es eine an sich erlaubte Handlung sei, eine fremde Sache mit Einwilligung des Eigenthümers an sich zu nehmen. Damit ist aber gerade gesagt, daß bei dem Diebstahle mit der dem Wegnehmenden bekannten Einwilligung des Eigenthümers der dolus von selbst hinwegfalle. Darin hat aber Hepp allerdings Recht, daß durch die Einwilligung des Verletzten nicht immer das Dasein des rechtswidrigen Willens aufgehoben werde, nämlich nicht bei denjenigen Verbrechen, zu deren Begriff und Thatbestand das Merkmal „invito laeso" überhaupt nicht gehört.

Digitized by Google

sem Gesichtspuncte aufgefaßt sein werde. Der Staat verliert freilich auch, in sofern er um eins seiner Mitglieder ärmer gemacht wird, und nach diesem Gesichtspuncte liefen sogar in der älteren römischen Gesetzgebung die Begriffe von perduellio und parricidium in einander, indem die Tödtung eines freien römischen Bürgers zugleich als ein Staatsverbrechen angesehen wurde.[1]) Allein es scheint, daß nur der Verlust eines solchen Bürgers, welcher dem Staate noch länger angehören wollte, und also wider seinen Willen getödtet wurde, als ein dem Staate zugefügter Schaden betrachtet worden sei. Denn außerdem hätte auch der Selbstmord nicht ungestraft sein können, durch welchen der Staat ebenso gut, wie durch die von einem Anderen vollzogene Tödtung den Verlust eines Bürgers erleidet. Wenn auch die Straflosigkeit des Selbstmörders nicht als Grund gebraucht werden kann, um die Straflosigkeit desjenigen zu behaupten, der einen Einwilligenden tödtet, weil diese Handlung nicht als Theilnahme am Selbstmorde angesehen werden darf, so geht doch jedes Falles daraus hervor, daß die Rücksicht auf den Verlust, der in dem Tode eines Bürgers liegt, nicht so weit gegangen sein kann, daß man ohne Unterschied jede Handlung, welche diesen Verlust nach sich gezogen, für eine strafbare angesehen hätte.

Auch scheint das natürliche Rechtsgefühl dafür zu sprechen, daß zwischen der Tödtung eines Einwilligenden und der wider den Willen des Getödteten vorgenommenen Lebensberaubung ein bedeutender Unterschied obwaltet. Denn diese enthält eine Verletzung des freien Willens, während bei jener dem Getödteten nach seinem eigenen Willen geschieht, und wenn auch in diesem letzteren Falle eine Ver-

1) S. oben S. 121. N. 1.

Digitized by Google

letzung vorliegt, so ist dieselbe jedes Falles eine andere, als in jenem Falle. Daß aber dieser in der realen Wahrheit der Dinge gegründete Unterschied in der römischen Strafgesetzgebung unberücksichtigt geblieben sei, ist nicht wahrscheinlich. Denn bei den Römern hat sich in ähnlicher Weise wie bei den Teutschen die öffentliche Strafe nach und nach aus der Privatrache und Privatgenugthuung herausgebildet, welche das verletzte Individuum oder dessen Familie genommen,[1]) und von einer gegründeten Privatrache konnte schwerlich die Rede sein, wo dem Verletzten nur nach seinem eigenen Willen geschehen war. Denkt man sich den Fall, daß die Tödtung an dem Einwilligenden wirklich vollständig vollzogen war, so konnten unter der Voraussetzung, daß die Einwilligung selbst nicht zweifelhaft war, die Hinterbliebenen des Getödteten wohl den unseligen Entschluß und Willen desselben beklagen, aber nicht eine Genugthuung von dem fordern, der nur den Willen ihres Angehörigen vollzogen hatte. Wenn man zumal die Fälle im Auge hat, die bei den Römern nicht selten vorgekommen zu sein scheinen, daß der Herr dem Sclaven, von welchem, weil er kein selbstständiges Vermögen besaß, gar keine Genugthuung zu erhalten war, den Befehl gegeben hatte, ihn umzubringen, so stellt sich der Annahme, daß die Hinterbliebenen hätten eine Genugthuung fordern können, noch größere Unwahrscheinlichkeit entgegen. Denkt man dagegen an den anderen Fall, daß die Tödtung mißlang, so hätte der Einwilligende seine eigene Handlung anfechten müssen, wenn er von dem, der auf sein Geheiß gehandelt, eine Genugthuung hätte verlangen wollen.

---

1) Vgl. darüber meine Abhandl., B. I, S. 57 ff. und S. 302 ff.

Aus diesen Bemerkungen folgt zwar nicht, daß in der ausgebildeten römischen Strafgesetzgebung die Tödtung eines Einwilligenden nicht mit Strafe bedroht sein könne. Denn es soll nicht geleugnet werden, daß es für den legislativen Standpunct nicht an hinreichenden Gründen fehlt, eine Strafandrohung dagegen zu erlassen. Allein jedes Falles geht daraus hervor, daß die Strafe, mit welcher der einen Einwilligenden Tödtende belegt worden wäre, auf einem anderen Grunde beruht haben müsse, als die Strafe, mit welcher die wider Willen des Getödteten vollzogene Tödtung geahndet worden wäre. Und deßwegen unterliegt es sicherlich gegründetem Bedenken, die in dem Cornelischen Gesetze ausgesprochene Strafandrohung, ohne durch eine ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers dazu berechtigt zu sein, in gleicher Weise auf die an einem Einwilligenden, wie auf die wider den Willen des Getödteten vollzogene Tödtung zu beziehen. Bei anderen Verbrechen, bei welchen es sich nicht schon von selbst versteht, daß sie entweder nur an einem Einwilligenden [1]), oder nur an einem Nichteinwilligenden [2]) begangen werden können, sondern bei welchen, wie bei der Tödtung, eine Handlung vorkommt, die an und für sich ebenso gut gegen einen Einwilligenden, als gegen einen Nichteinwilligenden verübt werden kann, spricht sich der Gesetzgeber ausdrücklich darüber aus, daß auch durch die Einwilligung des Betroffenen der Begriff des Verbrechens nicht ausgeschlossen sein solle.[3]) War-

1) Z. B. einfache Fleischesuergehungen.

2) Z. B. Gewaltthätigkeit jeder Art, Diebstahl, Fälschung.

3) Z. B. Castration, l. 4. §. 2. D. 48. 8. „...Nemo enim liberum servumque, invitum sinentemve castrare debet.“ Ehebruch l. 2. §. 4 und 5. D. 48. 5. „Qui hoc dicit, lenocinio ma-

um sollte er gerade bei dem Verbrechen der Tödtung unterlassen haben, ausdrücklich zu erklären, daß dasselbe auch an einem Einwilligenden begangen werden könne, wenn das in der That seine Meinung gewesen wäre. An Veranlassung zu dieser Erklärung konnte es nicht fehlen, da es bei den Römern nicht selten vorkam, daß sich der Herr durch den Sclaven umbringen ließ, um der Rache oder der Strafe eines Gewalthabers zu entgehen.[1]) Aber wie kein Geschichtschreiber berichtet,[2]) daß ein Sclave, der auf solche Weise

---

riti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est hujusmodi compensatio admissa.... Si publico judicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accusatione? Et putem, non repellere; lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat."

1) *Tacitus*, Annal. XVI. c. 15. *Valer. Maxim.* VI. c. 8. nr. 2—4, wo mehrere Beispiele davon, daß sich der Herr durch seinen Sclaven umbringen ließ, aufgeführt werden. Unter diesen Beispielen ist auch das des C. Marius, der sich durch seinen freiwilligen Tod der Grausamkeit des Sulla entzog. Sulla hatte dem Sclaven des Marius eine große Belohnung geboten, damit er ihm seinen Herrn lebendig ausliefere, und grollte zuverlässig darüber, daß ihm seine Rache durch die Tödtung des Marius vereitelt wurde. Daher ist es schwerlich einer bloßen Vergessenheit zuzuschreiben, daß in der lex Cornelia de sicariis des Falles, da Jemand einen Einwilligenden umbrachte, gar keine Erwähnung gethan ist.

2) *Valer. Maxim.* l. c. führt die erwähnten Fälle als Beispiele preiswürdiger Treue und Ergebenheit der Sclaven gegen ihre Herren an. Die besondere Ergebenheit, welche die Sclaven durch Tödtung ihrer Herren bewährten, lag aber wohl nicht darin, daß sie sich damit einer Strafe aussetzten: in dem Falle des Marius war es vielmehr die Unbestechlichkeit und Uneigennützigkeit des Sclaven, der die von Sulla für die Auslieferung gebotene große Belohnung ausschlug. In den beiden anderen von Valer. Max. erzählten Fällen brachten sich aber die Sclaven selbst um,

Digitized by Google

seinen Herrn umgebracht, bestraft worden sei, so findet sich auch in den Rechtsquellen nirgends ausgesprochen, daß derselbe wegen solcher That hätte bestraft werden können. Nach dem Senatusconsultum Silanianum waren zwar die Sclaven für Leben und Sicherheit ihres Herrn in hohem Grade verantwortlich, indem sie am Leben gestraft wurden, wenn sie unterlassen hatten, denselben gegen An-

---

nachdem sie ihrem Herren auf deren Befehl den Todesstreich gegeben hatten. Aber auch das geschah wohl nicht aus Furcht vor der damit verwirkten Strafe. In dem Falle des C. Gracchus, der offenen Aufstand und Kampf in der Stadt Rom erregt hatte, und sich im Angesichte der ihn verfolgenden Gegner umbringen ließ, um ihnen nicht lebendig in die Hände zu fallen, wäre der Sclave ohne Zweifel als offener Feind und Theilnehmer am Aufstande getödtet worden. *Orosius*, hist. V. c. 12. In dem Falle des C. Cassius, der sich nach der Schlacht bei Philippi umbringen ließ, giebt zwar Valer. Max. den Grund nicht an, aus welchem der Sclave nach vollbrachter That sich selbst tödtete. Allein daß es Furcht vor der Strafe gewesen sei, ist nicht wohl anzunehmen, da der Sclave sicher vorher versucht haben würde, sich derselben durch die Flucht zu entziehen. — *Tacitus* Annal. XIII. c. 32. erzählt zwar, daß unter Nero ein Senatusconsult des Inhaltes gemacht worden sei, „ut si quis a suis servis interfectus esset, ii quoque, qui testamento manumissi sub eodem tecto mansissent, inter servos supplicia penderent." Allein offenbar bezog sich das auf die wider den Willen des Herrn an ihm verübte Tödtung und hing mit dem SC. Silanianum zusammen, nach welchem die Sclaven, die mit ihrem getödteten Herrn unter einem Dache gewesen waren, bestraft wurden, wenn sie ihn nicht gehörig vertheidigt hatten. S. auch oben S. 237. Was in dem von Tacitus angeführten Senatusconsult verordnet war, spricht auch Ulpian aus in l. 3. §. 16. de SC. Silaniano: „De his quoque servis, qui testamento manumissi sunt, perinde atque serviss upplicium sumendum est."

Digitized by Google

griff und Gewalt zu vertheidigen; nach einer erweiternden Auslegung und Anwendung dieses Senatusconsultes waren die Sclaven sogar verpflichtet, ihren Herrn am Selbstmorde zu verhindern, indem sie unter der Voraussetzung, daß sie dazu im Stande gewesen, ebenfalls mit der Todesstrafe belegt werden konnten, wenn sie es unterlassen hatten [1]); allein nichts destoweniger ist nirgends eine Strafe

---

1) L. 1. §. 22. D. 29. 5. „Si sibi manus quis intulit, Senatusconsulto quidem Silaniano locus non est; sed mors ejus vindicatur; scilicet, ut si in conspectu servorum hoc fecit, potuerunt que eum in se saevientem prohibere, poena afficiantur: si vero non potuerunt, liberentur.“ Diese Stelle scheint mir nicht so verstanden werden zu können, als ob die Sclaven verpflichtet gewesen wären, ihrem Herrn, der Hand an sich selbst legte, entgegen zu treten, indem sie ihm etwa in den Arm fielen, ihm die Hände banden oder sich auf ähnliche Weise seinem Vorhaben widersetzten. Denn wie hätte es dem Herrn, dem es um den Selbstmord ernstlich zu thun war, einfallen können, im Angesichte seiner Sclaven die That zu verrichten, wenn er darauf rechnen mußte, von denselben verhindert zu werden? Die Römer, welche ein Recht zu haben glaubten, über ihr Leben durch Selbstmord zu verfügen, konnten nicht wohl daran denken, dem Sclaven das Recht einzuräumen und sogar die Pflicht aufzuerlegen, sich solchem erlaubten Vorhaben zu widersetzen. Auch erzählt *Tacitus*, Ann. XVI. c. 19. von dem Petronius, daß derselbe sich die Adern geöffnet und nachher einige seiner Sclaven beschenkt, andere gepr ügelt habe, ohne von einem Widerstande der Sclaven, zu welchem sie auf jeden Fall physisch im Stande gewesen wären, zu berichten. Die Stelle scheint vielmehr nur so verstanden werden zu können, daß die Sclaven verpflichtet waren, ihrem Herrn zu Hülfe zu kommen, wenn derselbe einen Angriff auf sein Leben gemacht hatte und vielleicht noch durch zeitige Hülfe gerettet werden konnte, indem sie ihn etwa losschnitten, wenn er sich erhenkt, oder verbanden, wenn er sich die Adern geöffnet gehabt hatte. Denn eine

Digitized by Google

ausgesprochen gegen den Sclaven, der seinen Herrn auf dessen Befehl umgebracht hatte. Der Grund davon kann nicht darin liegen, daß der Sclave dem Herrn zu Gehorsam verpflichtet war; denn wäre die Tödtung eines Einwilligenden wirklich als Verbrechen der Tödtung angesehen worden, so hätte sich auch der Sclave nicht auf den erhaltenen Befehl berufen können, um sich von der Strafe zu befreien [1]). Dieser Grund kann vielmehr kein anderer sein, als daß es überhaupt nicht für ein Verbrechen galt, einen Einwilligenden zu tödten. Der Fall, daß sich ein Mensch von einem Freien tödten ließ, mag selten vorgekommen sein; aber zuverlässig ist nicht diese Seltenheit der Grund, aus welchem sich in den Quellen des römischen Rechtes

---

solche Hülfe war keine offenbare Widersetzlichkeit, wie denn auch schon Mancher, der bereits den Anfang des Selbstmordes gemacht, sich noch eines Besseren besonnen und sich gern hat Hülfe und Rettung bringen lassen. In diesem Falle ließ sich wohl sagen, daß der Sclave den Selbstmord hätte verhindern können, während dagegen der Sclave dem Herrn sicherlich keinen offenen Widerstand leisten konnte. Daher scheint es bedenklich, mit Abegg, Untersuchungen S. 69. aus der angeführten Stelle den Schluß zu ziehen, daß es, wenn es für die Sclaven schon strafbar gewesen sei, sich der selbstmörderischen Thätigkeit des Herrn gegenüber unthätig zu verhalten, noch mehr strafbar gewesen sein müsse, durch positive Thätigkeit einen Einwilligenden aus dem Leben zu fördern.

1) L. 157. D. 50. 17. „Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverint.“ Der Sclave konnte sogar in den Fall kommen, seinem Herrn thätlichen Widerstand leisten zu müssen, wenn nämlich dieser einen Angriff auf das Leben seiner Frau unternahm. Denn der Sclave hatte sowohl den Herrn, als auch die Frau vom Hause zu beschützen. L. 3. §. 2. D. 29. 5.

Digitized by Google

keine Strafandrohung gegen denselben findet. Vielmehr ist der Grund davon der nämliche, aus welchem gegen den Sclaven, der seinen Herrn auf Befehl tödtete, keine Strafe verhängt wurde.

Nach diesen Bemerkungen erscheint es wohl gerechtfertigt, daß vorhin behauptet worden ist, es sei wahrscheinlich, daß im römischen Rechte das Merkmal „invito laeso" zum Begriffe und Thatbestande der Tödtung erfordert werde. Auch mag dafür noch hinzugefügt werden, was schon sonst bemerkt worden ist, daß es bei dem römischen Anklageprocesse schwerlich Jemandem einfallen konnte, eine Anklage zu stellen, wenn der, an welchem das Verbrechen verübt war, selbst in die Verübung gewilligt hatte.[1]) Denn zunächst zur Anklage wären ohne Zweifel die Angehörigen des Getödteten berufen gewesen.[2]) Setzt man nun voraus, der Getödtete hatte sich aus einem Grunde umbringen lassen, aus welchem es nach den römischen Ansichten für ehrenwerth galt, daß er freiwillig aus dem Leben geschieden war,[3]) so hätten sie, die Angehörigen, Theils die Pietät gegen den Todten verletzt, Theils gegen die herrschende Ansicht verstoßen, wenn sie eine Anklage erhoben hätten gegen den, der durch den letzten Dienst, den er dem Todten erwiesen, sich ein Verdienst um denselben erworben hatte. Setzt man dagegen voraus, der Getödtete hatte sich

---

1) Vgl. N. A. des C. R. IX. S. 705.

2) Das Anklagen, ohne besonderen Grund dazu zu haben, galt überhaupt nicht für etwas Ehrenwerthes, *Cicero* de off. II. 14. und die meisten Anklagen wurden wohl erhoben ad suam suorumque injuriam exequendam L. 10. C. 9. 1.

3) Vgl. darüber **Wächter**, im N. A. des C. R. X. S. 76 ff.

Digitized by Google

sich aus einem Grunde umbringen lassen, der ihn nach den herrschenden Ansichten nicht hätte bestimmen sollen, einen freiwilligen Tod zu suchen, so hätten die Angehörigen, an Statt zu verbergen, was dem Ihrigen zur Unehre gereichte, aufgedeckt und offenkundig gemacht, wenn sie es durch eine erhobene Anklage zum Gegenstande einer gerichtlichen Verhandlung gemacht hätten. Wie wäre aber ein Fremder dazu gekommen, eine Anklage zu erheben, wo sich nicht einmal die Angehörigen des Getödteten zu derselben bewogen gefunden hatten?

Noch weniger aber kann nachgewiesen werden, daß nach den Principien unseres einheimischen Rechtes die Tödtung eines Einwilligenden als strafbare Tödtung angesehen werden müsse. In der Carolina werden überhaupt drei Hauptarten strafbarer Tödtung unterschieden, nämlich Mord, Todtschlag und culpose Tödtung. [1]) Die Tödtung eines Einwilligenden kann aber, wie gezeigt werden wird, unter keine dieser drei Arten subsumirt worden, woraus alsdann von selbst folgen wird, daß dieselbe überhaupt nicht unter den Begriff des Verbrechens der Tödtung falle. In Ansehung der culposen Tödtungen bedarf das keiner weiteren Auseinandersetzung. Denn das Wesen der culposen Tödtung wird darein gesetzt, daß die Entleibung wider den Willen des Handelnden geschehe, [2]) und bei der Tödtung eines Einwilligenden wird dieser Erfolg an und für sich von dem Handelnden immer beabsichtigt. Ebenso ist ohne Weiteres klar, daß die Tödtung eines Einwilligenden nicht unter den Begriff des Todtschlages subsumirt werden kann. Denn der Todtschlag ist seinem Begriffe nach Tödtung im Affec-

1) P. G. O. Art. 137. 134. 136. 146.

2) P. G. O. Art. 146. Hefftter, §. 234. Abegg, §. 232.

te, [1]) und bei der Tödtung eines Einwilligenden kann von Seiten des Handelnden mit sehr besonnener Ueberlegung zu Werke gegangen werden.

Die Tödtung eines Einwilligenden könnte also nur Mord sein, wenn sie überhaupt als Verbrechen der Tödtung strafbar sein sollte. In der Carolina werden die Mörder durch das Prädicat „muthwillig" und „fürsetzlich" bezeichnet, [2]) wornach zu dem Wesen des Mordes eine mit vorbedachtem Vorsatze oder überlegtem Wollen vollzogene Tödtung gehört. Daß der einen Einwilligenden Tödtende mit überlegtem Vorsatze zu Werke gehe, läßt sich allerdings nicht leugnen; allein man würde Unrecht haben, deßwegen ohne Weiteres seine Handlung unter den Begriff des Mordes subsumiren zu wollen. Denn wie die Carolina überhaupt oftmals unterläßt, den Thatbestand eines Verbrechens genau und vollständig zu beschreiben, so ist auch offenbar mit den Prädicaten „muthwillig" und „fürsetzlich" noch nicht vollständig angegeben, was Alles in der zu dem Begriffe des Mordes gehörigen Willensbestimmung enthalten sein müsse. Auch der Scharfrichter begeht den bloßen Wortverstande nach eine fürsetzliche und muthwillige Tödtung, wenn er ein Todesurtheil vollstreckt, und dennoch kann begreiflicher Weise dabei von einem Morde keine Rede sein. Denn er hat nicht die Absicht, eine widerrechtliche Handlung zu begehen, und ohne diese Absicht ist, wie

1) P. G. O. Art. 137. Heffter, a. a. O. Abegg, §. 235.

2) P. G. O. Art. 137. Das Wort Muthwille hat dabei nicht die heutige Bedeutung von lascivia, sondern soll die Ueberlegung und Willensfreiheit bezeichnen, mit welcher die Handlung vorgenommen wird. Vgl. *Walch*, glossar. C. C. C. interpr. inserv. sub voce Muthwille.

Digitized by Google

überhaupt kein dolus, so auch der zum Begriffe des Mordes erforderliche böse Wille nicht denkbar. Daher bleibt immer die Frage, ob die Widerrechtlichkeit der Absicht, welche die Carolina zum Begriffe des Mordes auf jeden Fall voraussetzt, in die von dem Mörder bezweckte Rechtsverletzung oder vielmehr in die von ihm beabsichtigte Gesetzesübertretung zu setzen sei. Im ersteren Falle könnte an einem Einwilligenden kein Mord begangen werden, weil durch die Einwilligung nothwendig der Begriff der Rechtsverletzung aufgehoben wird; im anderen Falle würde dagegen durch die Einwilligung der Begriff des Mordes nicht ausgeschlossen sein, weil eben alsdann überhaupt die Widerrechtlichkeit nicht darin bestehen würde, daß Jemand in seinem Rechte verletzt wurde, sondern nur darin, daß einem Gesetze, dessen Gültigkeit von Niemandes Einwilligung oder Nichteinwilligung abhängig sein kann, zuwider gehandelt worden war. Es muß aber behauptet werden, daß nach der Meinung der Carolina das Widerrechtliche des Mordes in der in demselben enthaltenen Rechtsverletzung bestehe.

Die Carolina bedient sich des Ausdruckes „Mörder", ohne im Einzelnen anzugeben, was zu dem Thatbestande desselben gerechnet werden müsse. Daraus darf aber mit Sicherheit geschlossen werden, daß sie diesen Ausdruck in keinem wesentlich anderen Sinne genommen habe, als in der Bedeutung, welche demselben von jeher in der einheimischen Rechtssprache beigelegt worden war. Schon in den alten Volksrechten kommt der Ausdruck „Mord" mehrfach vor; z. B. Lex Ripuar. tit. XV. „Si quis ingenuus ingenuum Ripuarium interfecerit, et eum cum ramo cooperuerit, vel in puteo seu in quocunque libet loco celare voluerit, quod dicitur mordridus.

Digitized by Google

sexcentis solidis culpabilis judicetur, aut cum septuaginta duobus juret.“ Lex Frision. tit. XX. §. 3. „Si quis hominem occiderit et absconderit, quod mordritum vocant, novem werigeldos componat, aut si negaverit, cum XXXV juret“. Darnach, scheint es, hat das den Mord Qualificirende, wegen dessen derselbe dreifach oder neunfach höher gebüßt werden mußte, als eine andere Tödtung, in dem Verbergen des Leichnams bestanden. Allein dieses Verbergen an und für sich war wohl nicht der letzte Grund der erhöheten Bußtaxe. Wenn es auch erklärlich sein würde, daß das Verbergen des Leichnams noch mit einer besonderen Bußtaxe angesetzt wäre, weil dadurch den Angehörigen die Möglichkeit genommen wurde, ihrem Todten die letzte Ehre zu erweisen, so würde damit doch die in den angeführten Stellen bestimmte erhöhete Buße noch nicht erklärt sein. Denn wenn es bloß 200 Schillinge kostete, einen Lebenden zu tödten, so wäre es ein gar zu unverhältnißmäßiger Ansatz gewesen, 400 Schillinge für das Verbergen eines Todten zu verlangen. [1]) Ueberdieß wäre, wenn das Verbergen an und für sich der letzte Grund der erhöheten Buße wäre, dieselbe wohl auf den Fall beschränkt worden, da der Leichnam wirklich nicht wieder aufgefunden werden konnte. Nach den angeführten Stellen trat aber die erhöhete Buße ohne Zweifel auch ein, wenn der Leichnam wieder an das Licht gebracht worden war. Der Grund der erhöheten Buße

1) Das bestätigt sich durch Lex Bajuvar. tit. XVIII. cap. 2. §. 1, wo bestimmt ist, daß der Mörder das Wehrgeld bezahlen müsse, welches 160 Schillinge betrug, und für das Verbergen des Leichnams 40 Schillinge, und zwar aus dem Grunde, „quod funus ad dignas obsequias reddere non valet.“

Digitized by Google

scheint vielmehr nur darin gefunden werden zu können, daß in dem Verbergen des Leichnams ein Beweis angenommen wurde für die besondere Hinterlist und Bosheit, mit welcher gegen den Getödteten zu Werke gegangen war. Denn in der That ist dieses Verbergen fast nur unter der Voraussetzung denkbar, daß der Thäter besondere Hinterlist gegen den Getödteten angewendet hatte, indem er ihn etwa an einem abgelegenen Orte überfallen oder gar erst durch das Verbergen bewirkt hatte, daß der Tod sicher eingetreten war. Wer einen Anderen im Affecte erschlagen hat, oder gegen seinen Willen aus Zufall oder Unvorsichtigkeit, kann allenfalls die That leugnen, um sich den Ansprüchen zu entziehen, die deßhalb gegen ihn erhoben werden könnten; aber zum Verbergen des Leichnams wird es ihm meistens an Stimmung und Gelegenheit fehlen. Jedes Falles ist begreiflich, daß das Verbergen des Leichnams, wie es an und für sich ein überlegtes und verstecktes Handeln voraussetzt, den Verdacht begründen mußte, daß der Thäter bei der Tödtung selbst ebenfalls mit Ueberlegung und Hinterlist zu Werke gegangen sein werde. Die Tödtung eines Einwilligenden geschieht freilich zwar nicht mit Hinterlist, aber doch mit besonnener Ueberlegung, und es ist, obgleich gewiß selten vorkommend, doch nicht geradezu undenkbar, daß der Thäter sich dabei veranlaßt finden kann, den Leichnam bei Seite zu schaffen. Auch mag in diesem Falle das Verbergen selbst leicht den Einfluß gehabt haben, die behauptete Einwilligung des Getödteten als unwahrscheinlich erscheinen zu lassen, so daß die Tödtung selbst für eine mit Ueberlegung und Hinterlist verübte angenommen wurde. Allein daß bei vollkommen bewiesener Einwilligung des Getödteten die an diesem vollzogene Tödtung bloß aus dem Grunde, weil der Leichnam verborgen wor-

Digitized by Google

den, für Mord angesehen worden sei, scheint nicht angenommen werden zu dürfen. Gegen diese Annahme spricht schon der Umstand, daß in dem Compositionssysteme des älteren teutschen Rechtes, nach welchem die Strafe zunächst Genugthuung sein sollte für den Verletzten oder seine Angehörigen, der natürliche Unterschied zwischen der an einem Einwilligenden und der an einem Nichteinwilligenden vollzogenen Tödtung weniger unberücksichtigt bleiben konnte, als in einem ausgebildeten Strafrechtssysteme, in welchem die Strafe nach dem Gesichtspuncte des verletzten objectiven Rechtes verhängt wird. Auch bliebe es bei dieser Annahme eben unerklärt, aus welchem Grunde die Tödtung eines Einwilligenden durch das Verbergen des Leichnams um das Mehrfache strafbarer hätte werden sollen, als sie außerdem gewesen sein würde. Denn alsdann wäre es nicht die Art und Weise der vollzogenen Tödtung selbst, sondern das Benehmen des Thäters nach der Tödtung gewesen, welches dieselbe als Mord und als besonders strafbar hätte erscheinen lassen. Und dabei würde, wie schon bemerkt worden ist, die hohe Bußtaxe unbegreiflich sein, mit welcher das Verbergen des Leichnams im Verhältniß zu der Tödtung selbst angesetzt wäre. Darnach ist es schon von vorn herein wahrscheinlich, daß das Verbergen des Leichnams nur in sofern für einen die Tödtung qualificirenden Umstand, durch welchen dieselbe zum Morde werde, gegolten habe, als ein Beweis darin gefunden werden konnte, daß die Tödtung selbst auf besonders strafbare Weise verübt worden war. Für einen Grund besonders erhöheter Strafbarkeit konnte man es wohl nehmen, wenn der Thäter verrätherisch und hinterlistig verfahren war, aber schwerlich, wenn er nur den eigenen Willen des Getödteten vollzogen hatte. Nach dem Standpuncte des

Digitized by Google

Compositionssystems würde es schon nicht ganz consequent sein, wenn die Tödtung eines Einwilligenden überhaupt mit Strafe belegt worden wäre. Noch weniger läßt es sich mit demselben vereinigen, daß sie als Mord angesehen, und mit der auf verrätherische und arglistige Weise begangenen Tödtung auf gleiche Linie gestellt worden wäre. In der That ergiebt sich auch aus anderen Stellen der alten Volksrechte unwiderleglich, daß man den Begriff des Mordes auf verrätherische und hinterlistige Tödtungen beschränkt habe.

In der lex Bajuvar. tit. XVIII. cap. 2. §. 1 heißt es: „Si quis liberum occiderit furtivo modo, et in flumen ejecerit, vel in talem locum, ut cadaver redire non quiverit, quod Bajuvarii mordridum dicunt, in primis quadraginta solidis componat, eo quod funus ad dignas obsequias reddere non valet. Postea vero cum suo werigeldo componat.“ §. 3. eod. „Si servus furtivo modo supradicto more occisus fuerit, et ita absconsus, quod gamurdrit dicunt, novuplum componat, id est, centum octuaginta solidos.“ Dabei ist allerdings auffallend, daß die Ermordung eines freien Menschen nur mit einfachem, die Ermordung eines Sclaven dagegen mit neunfachem Wehrgelde gebüßt werden mußte.[1]) Allein jedes Falles geht aus den

1) Vielleicht liegt der Grund davon darin, daß bei der Ermordung eines freien Menschen derjenige, gegen den die Hinterlist verübt worden war, der Getödtete nämlich, nicht mehr lebte, und also Niemand vorhanden war, dem die Hinterlist als solche hätte gebüßt werden können. Rein objectiv betrachtet ist aber die Verletzung, welche der Familie durch eine hinterlistige Tödtung zugefügt wird, die nämliche, welche sie bei der nicht hinterlistigen Tödtung Eines ihrer Angehörigen erleidet. Und daraus würde sich

Digitized by Google

angeführten Stellen hervor, daß zum Wesen des Mordes ein furtivus modus occidendi gehörte. Das Diebische bei dem Morde kann aber offenbar nicht auf das Verbergen des Leichnams bezogen, sondern nur von der verrätherischen hinterlistigen Weise verstanden werden, in welcher die Tödtung selbst vollbracht war.[1])

Das bestätigt sich noch bestimmter aus dem Salischen Gesetzbuche, wo tit. XLIV. §. 11 und 12. verordnet ist: „Si quis hominem in puteum jactaverit, et is eundo vivus evadit, IIIIM denar. qui faciunt solidos C. culpabilis judicetur. Si vero in puteo mortuus fuerit XXIIIIM. den. qui faciunt solid. DC culpabilis

---

allerdings erklären, daß bei freien Menschen in Hinsicht der Bußtaxe kein Unterschied zwischen hinterlistiger und nicht hinterlistiger Tödtung gemacht ist. Bei der Tödtung eines Sclaven wurde dagegen nicht dieser selbst, sondern sein Herr als der eigentlich Verletzte angesehen. Darum war hier derjenige, gegen den die Hinterlist verübt war, noch am Leben, und also in dem Herrn ein Rechtssubject vorhanden, dem die Hinterlist besonders gebüßt werden konnte.

1) Das Verbergen des Leichnams mag allerdings vorzugsweise bei solchen Tödtungen vorgekommen sein, die furtivo modo begangen waren. Allein daß es nicht dieses Verbergen war, wodurch die Tödtung zum Morde wurde, ergiebt sich aus der für die Tödtung von Sclaven angesetzten Bußtaxe. Die nicht qualificirte Tödtung eines Sclaven mußte dem Herrn mit 20 Schillingen gebüßt werden, tit. V. § 18. Das Verbergen des Leichnams bei einem freien Menschen kostete 40 Schillinge. Da es nun auf keinen Fall mehr kosten konnte, den Leichnam eines Sclaven zu verbergen, als den eines freien Menschen, so hätte die Ermordung eines Sclaven höchstens mit 60 Schillingen angesetzt sein können, wenn sich das furtivo modo occidere auf das Verbergen des Leichnams bezogen und wenn darin das Wesen des Mordes bestanden hätte.

Digitized by Google

judicetur.“ Die Malbergische Glosse erläutert den letzteren Satz mit dem Worte „Murther“ [1]) und will offenbar damit sagen, daß darin von einem Morde die Rede sei. Was aber hier Mord genannt wird und mit dreifach höherem Wehrgelde beigelegt werden mußte, als eine andere Tödtung, kann nur von einer hinterlistigen und verrätherischen Tödtung verstanden werden. Es wird gewiß nicht vorkommen, daß die Tödtung eines Einwilligenden durch Hinabstoßen desselben in einen Brunnen vollzogen wird.

Bei Tödtungen, welche vorgenommen wurden, um den Angefallenen zu berauben, liegt es in der Natur des Verhältnisses, daß sie mit Ueberlegung und besonderer Bosheit und auf jeden Fall gegen den Willen des Getödteten geschehen. Darum bedienen sich auch hier die Gesetze des Ausdruckes „Mord“, um das Verbrechen zu bezeichnen. So nennt es die Malbergische Glosse ad tit. XVI. §. 1. „Murdo“ si quis hominem ingenuum superventum expoliaverit, wornach auch bei nicht vollendeter Tödtung von einem Morde gesprochen wurde, wenn Jemand räuberisch überfallen worden war. [2]) In der lex Alamann. tit. XLIX. §. 1. aber heißt es: Si quis hominem occiderit, quod Alamanni mortaudo dicunt, novem werigeldos solvat, et quidquid super eum rauba vel arma tulit, omnia sicut furtiva componat.“ Auch hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Ausdruck Mord die räuberische, wider den Willen des Getödteten verübte Tödtung bezeichnete.

In dem Sachsenspiegel und dem Schwabenspiegel ist ebenfalls zwischen Mord und Todtschlag unterschieden, und

1) Ueber die andere Lesart „Musthest“ und „Mosedo“ vgl. *Canciani*, barbar. leg. vol. II. p. 42. not. 2.

2) Vgl. auch die Malbergische Glosse ad tit. XXXVIII. §. 2. 5. 6.

Digitized by Google

jenem die Strafe des Rades, diesem die Strafe des Schwertes angedroht. Der Verfasser des Sachsenspiegels hat es nicht für nöthig befunden, sich auf eine Definition oder Beschreibung des Mordes einzulassen.[1]) Im Schwabenspiegel wird dagegen das Wesen des Mordes mit folgenden Worten beschrieben:[2]) „Mörder heißen wir die, wer ein Mensch tödtet und das leugnet. Wirt er des überwunden mit Gezeugnuß oder mit dem Kampfe, man soll ihn radbrechen. Wir heißen auch das Mörder, wer mit dem Anderen isset und trinket und gütlichen grüßet. Schlecht er ihn on Schuld, das ist ein Mörder und man soll ihn darum radbrechen." Daß ein Mörder sei, wer eine von ihm vollbrachte Tödtung ableugne, erinnert an die alten Volksrechte, in welchen das Verbergen des Leichnams öfters mit dem Morde in Verbindung gebracht ist. Allein auch hier kann das Ableugnen nicht als ein wesentlicher Bestandtheil des Mordes, sondern nur als ein Vermuthungsgrund angesehen werden, daß die Tödtung wirklich ein Mord gewesen sei.[3]) Denn wie das Geständniß auf keinen Fall bewirken konnte, daß eine Tödtung, die wirklich Mord war, aufhörte, Mord zu sein, so konnte wohl auch das Ableugnen an und für sich nicht die Folge haben,

1) Sachsenspiegel, II. Art. 13. §. 4.

2) Cap. 116. §. 12—14.

3) Z. B. bei Tödtung aus Nothwehr mußte der Tödtende dem Richter von dem Vorfalle Anzeige machen; Schwabenspiegel C. 167. §. 3. Die Nichtanzeige, oder gar das Ableugnen hatte gewiß die Folge, daß der behaupteten Nothwehr kein Glaube beigemessen wurde. — Nach nordischen Rechten mußte sich der Todtschläger öffentlich zu der geschehenen That bekennen, wenn er nicht für einen Mörder angesehen werden wollte. Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 626.

Digitized by Google

daß eine Tödtung, die nicht Mord war, zum Morde wurde. Deßwegen ist nicht anzunehmen, daß den Bestimmungen des Schwabenspiegels ein anderer Begriff des Mordes, als den alten Volksrechten, zu Grunde liege. Vielmehr geht aus dem weiteren Verlaufe der angeführten Stelle hervor, daß im Schwabenspiegel unter Mord zunächst eine überlegte und verrätherische Tödtung, indem nämlich der Mörder dem Getödteten Frieden und Freundschaft heuchelte, verstanden worden sei. Also darf wohl angenommen werden, daß der Begriff des Mordes nicht auf eigentlich verrätherische Tödtung beschränkt, sondern daß auch eine solche Tödtung, die durch unversehenen Anfall verübt worden, darunter begriffen gewesen sei, da diese auch schon in den alten Volksrechten unter den Mord subsumirt wurde; allein jedes Falles gehörte Hinterlist zum Wesen des Mordes.[1]) Daraus folgt aber schon von selbst, daß es nicht unter den Begriff des Mordes fallen konnte, wenn der Thäter offen und ehrlich gegen den Getödteten zu Werke gegangen war und nur den eigenen Willen desselben vollzogen hatte.

Während auf diese Weise in den früheren Rechtsquellen der Ausdruck Mord vorzüglich gebraucht wurde, um nur einzelne Fälle desselben, namentlich durch unversehenen

---

1) Die Glosse zum Sachsenspiegel, Buch II. Art. 13. sagt über Mord: „Hie sollt du wissen, daß morden dreierlei unterscheid hat. Etliche ermorden die Leute um geldes oder gutes willen und mit wohlbedachtem muthe. Diese sind rechte Mörder und von denen sagt er hie.“ Wenn auch der Begriff des Mordes hier zu enge gefaßt und nur auf gewinnsüchtige Tödtungen beschränkt ist, so liegt doch diesen immer Ueberlegung und Hinterlist zu Grunde. Vgl. auch *Haeberlin*, spec. Sax. et Suev. jus crim. p. 26.

Digitized by Google

Anfall, wie durch Hinabstoßen in einen Brunnen, oder in gewinnsüchtiger Absicht oder auf verrätherische Weise begangene Tödtungen zu bezeichnen, ist in der Carolina nur von Mördern im Allgemeinen die Rede. Daß dieselbe dabei von einem allgemeineren Begriffe des Mordes ausgehe, kann keinem Zweifel unterliegen. Allein ebenso gewiß ist, daß diesem allgemeineren Begriffe die einzelnen Fälle, welche in den älteren Rechtsquellen zum Morde gerechnet werden, zur Grundlage gedient haben, oder mit anderen Worten, daß dieser allgemeinere Begriff nur durch Abstraction aus jenen einzelnen Fällen gebildet worden sei. Denn indem die Carolina nicht allein nicht angiebt, was unter dem Ausdrucke Mord zu verstehen sei, sondern auch dabei ausdrücklich auf bestehende Gewohnheiten verweiset, kann die Meinung nur gewesen sein, daß der Ausdruck Mord in keinem anderen, als dem hergebrachten Sinne genommen werden solle. [1]) Die einzelnen Fälle des Mordes aber, deren die früheren Rechtsquellen Erwähnung thun, haben sämmtlich das gemeinschaftliche Merkmal, daß in ihnen die Tödtung nicht allein mit besonnener Ueberlegung, sondern auch mit Hinterlist gegen den Getödteten verübt wird. Mithin muß dieses Merkmal auch zu demjenigen Morde, von welchem die Carolina handelt, erfordert werden. Bei einer Art des Mordes, dem Giftmorde nämlich, wird dieses Merkmal von der Carolina selbst ausdrücklich zum Begriffe und Thatbestande erfordert, indem nur diejenigen, „die mit gifft oder venen heimlich vergeben", einem für-

1) Art. 137. Gobler übersetzt Mörder durch latro, mit den Prädicaten ultroneus, voluntarius, violentus; Remus gebraucht für Mörder die Ausdrücke latro, sicarius und assassinus.

gesetzten Mörder gleich mit dem Rade bestraft werden sollen. [1]) Bei der eigenen Tödtung, welche der Sprachgebrauch des Lebens Selbstmord nennt, enthält sich die Carolina des Ausdruckes Mord [2]), ohne Zweifel, weil dabei, obgleich mit besonnener Ueberlegung, doch ohne Hinterlist verfahren wird.

Durch das Merkmal der Hinterlist, welches nach der bisherigen Ausführung auf jeden Fall zu dem Begriffe des Mordes gehört, [3]) ist aber von selbst ausgeschlossen, daß

---

1) Art. 130. Offenbar kann das Heimliche dabei nicht in Beziehung auf die übrigen Menschen, sondern nur auf den Vergifteten selbst genommen werden. Darnach würde aber der Art. 130. keine Anwendung finden, wenn der Vergebene das Gift mit Wissen und Willen genommen hätte.

2) Art. 135.

3) Die Neueren setzen einstimmig das Wesen des Mordes in die prämeditirte, nicht im Affecte begangene Tödtung. Vgl. Wächter, §. 164. Note 29. Wenn ich hier behaupte, daß Hinterlist wesentlich zum Begriffe des Mordes gehöre, so liegt darin keine Abweichung von jener Lehre, sondern nur eine Hindeutung auf das Merkmal, daß die prämeditirte Tödtung gegen Wissen und Willen des Getödteten geschehen sein müsse. In der That kann jede gegen Wissen und Willen des Getödteten begangene prämeditirte Tödtung eine hinterlistige genannt werden, auch wenn der Verbrecher denselben mit offener Gewalt überfallen haben sollte. Denn alsdann liegt die Hinterlist eben in dem unversehenen Ueberfalle. Dagegen wurden die in einer angesagten, wenn auch unerlaubten und strafbaren Fehde verübten Tödtungen wohl nicht zum Morde gerechnet, weil dabei, obgleich gegen den Willen der Verletzten, doch offen zu Werke gegangen wurde. Vgl. Art. 129, wo Denjenigen, welche die Leute böslich befehden, die Schwertstrafe angedrohet ist, welche gewiß auch eintrat, wenn Verwundungen oder Tödtungen dabei vorgefallen waren.

Digitized by Google

die Tödtung eines Einwilligenden, wobei immer ohne Hinterliſt gegen den Getödteten verfahren wird, unter denſelben ſubſumirt werden könne. Indeſſen iſt wohl zu glauben, daß der Verfaſſer der Carolina, indem er den Mord und den Todtſchlag als die beiden Arten der ſtrafbaren doloſen Tödtung aufſtellte, nicht ausdrücklich daran gedacht habe, damit die Tödtung eines Einwilligenden als ſtraſloſe Handlung anzuerkennen. Denn die Frage, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben oder verändert werde, ſcheint nicht allein vor Abfaſſung der Carolina, ſondern auch noch geraume Zeit nach derſelben eine ziemlich unpractiſche geweſen zu ſein. Zum Wenigſten findet ſich dieſelbe in den Werken der italiäniſchen und älteren teutſchen Practiker nirgends erörtert, [1]) und in ähn-

---

1) *Bonifacius*, super malefic. rubr. de insultu nr. 36. wirft zwar die Frage auf, ob derjenige, qui volentem et consentientem percussit, zu beſtrafen ſei. Er entſcheidet dahin, daß aus der Injurie zwei Klagen entſpringen, die eine für den Verletzten und die andere für den Staat, und daß nur jene, nicht aber dieſe durch die Einwilligung ausgeſchloſſen werde. Allein, wie ſich aus den von ihm citirten Stellen ergiebt, hat er nur die Fälle im Sinne, in welchen, wie bei der Caſtration, nach ausdrücklicher Beſtimmung der Geſetze auf die Einwilligung oder Nichteinwilligung Nichts ankommt, oder in welchen, wie bei der einem einwilligenden Kinde oder Sclaven angethanen Injurie, noch anderen Perſonen mittelbar eine Injurie zugefügt wird. In ähnlichem Sinne behauptet auch *Jacob de Bello Visu*, pract. crim. lib. I. cap. 3. nr. 37. 39 und 40., daß zwar nicht der volens, wohl aber die curia Klage erheben könne. *Damhouder*, rer. crim. prox. cap. 88. nr. 10. ſtellt zwar den Grundſatz auf, daß, wer ſich ſelbſt verletze, ebenſo beſtraft werden müſſe, als wer einen Anderen verletzt habe, weil Niemand Herr ſeiner Glieder ſei, und weil auch Andere nicht ſchonen werde, wer ſich ſelbſt nicht geſchont habe.

Digitized by Google

licher Weise ist dieselbe wohl auch von dem Verfasser der Carolina unberücksichtigt geblieben. Mit noch größerer Gewißheit kann aber behauptet werden, daß der Verfasser der Carolina nicht daran gedacht habe, unter seinen gesetzlichen Bestimmungen über Mord und Todtschlag auch die Tödtung eines Einwilligenden mit zu begreifen.

Diese Behauptung erhält noch durch folgendes Argument größere Bestätigung. Das Wesen der culposen Tödtung besteht nach der Carolina darin, daß der Tod selbst wider den Willen des Thäters hervorgebracht worden war. [1]) Die Tödtung eines Einwilligenden, bei welcher der Tod an und für sich immer beabsichtigt wird, kann daher

Und darnach wäre es wohl consequent gewesen, daß er die an einem Einwilligenden vollzogene Tödtung ebenso gut für ein Verbrechen erklärt hätte, als die gegen den Willen des Getödteten vollzogene. Allein ich finde nicht, daß er sich darüber ausgesprochen, wie denn überhaupt die alten Practiker, welche sonst sehr umständlich und detaillirt sind in der Angabe der Fälle der straflosen Tödtung, die Tödtung eines Einwilligenden unter diesen Fällen nicht mit aufführen, aber freilich auch auf der anderen Seite, so viel mir bekannt, nirgends behaupten, daß dieselbe bestraft werden müsse. Der Grund ist wohl, daß sie gar nicht an diesen Fall gedacht haben, da er wohl selten vorkommen und bei dem noch nicht durchgebildeten Inquisitionsprocesse noch seltener zur Sprache kommen mochte. Erst bei *Matthaeus*, de criminib., dessen Werk zuerst 1644 erschien, finde ich die Frage, ob durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens aufgehoben werde, von einem allgemeineren Gesichtspuncte aufgefaßt und nach der Unterscheidung in veräußerliche und unveräußerliche Rechte (utrum id, quod pati quis vult, in ejus potestate sit, nec ne) entschieden. *Kress*, comm. in C. C. C. ad art. 134. §. 4. (1721), der behauptet, die Tödtung eines Einwilligenden sei auf keinen Fall ein Capitalverbrechen, führt indessen schon an, daß die Frage bestritten sei.

1) P. G. O. Art. 134. 135. 146.

Digitized by Google

in keinem Falle unter dieſen poſitiven Begriff der culpoſen Tödtung ſubſumirt werden. Nun aber würde, wenn bei der Tödtung auf Einwilligung oder Nichteinwilligung des Getödteten Nichts ankäme und dieſelbe alſo Geſetzesverbrechen wäre, an einem Einwilligenden allerdings eine culpoſe Tödtung begangen werden können. Da aber dennoch das poſitive Recht keine anderen Fälle von culpoſer Tödtung kennt, als Handlungen, durch welche der Tod wider den Willen des Thäters eingetreten war, ſo kann auch in der Carolina die Tödtung ſelbſt nicht als Geſetzesverbrechen aufgefaßt worden ſein.

Wenn nämlich die Tödtung Geſetzesverbrechen wäre, ſo würde das Weſen der doloſen Tödtung darin beſtehen, daß der Thäter dem Geſetze, welches verböte, einen Menſchen zu tödten, wiſſentlich zuwider gehandelt hätte. Das würde zwar nicht anders geſchehen können, als durch eine ſolche Handlung, durch welche der Thäter den Tod eines Menſchen hervorzubringen beabſichtigt hätte. Allein deßwegen würde noch nicht jede Handlung, welche in dieſer Abſicht unternommen, für eine doloſe Uebertretung dieſes Geſetzes gehalten werden können. Vielmehr würde außerdem dazu gehören, daß die Handlung mit dem Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit begangen worden ſei. Denn bei allen Geſetzesverbrechen gehört es zur doloſen Begehung, nicht allein, daß der Thäter die verbotene Handlung an und für ſich, ſondern auch, daß er dieſelbe mit dem Bewußtſein, daß ſie unter das Verbot falle, begehen wollte[1]). Daher würde die Tödtung eines Einwilligenden, welche der

1) Die weitere Ausführung dieſes Satzes kann erſt weiter unten im dritten Capitel Statt finden.

Thäter in der Meinung vollzogen hätte, daß er eine erlaubte Handlung damit begehe, wenn anders überhaupt noch strafbar, auf jeden Fall nur als eine culpose Tödtung, strafbar sein können. [1]) Die Carolina kennt aber keine culpose Tödtung, bei welcher der Tod an und für sich beabsichtigt gewesen wäre, woraus denn folgt, daß die Tödtung in ihr nicht als Gesetzesverbrechen, sondern nur als Rechtsverbrechen, dessen Begriff und Dasein durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen wird, aufgefaßt sein kann.

Nach diesen Bemerkungen darf wohl als gewiß angenommen werden, daß der Satz „volenti non fit injuria" bei dem Verbrechen der Tödtung allerdings Anwendung finde. Daß aber in derselben Weise in Ansehung der gegen die Freiheit, die Gesundheit oder die Ehre eines Menschen begangenen Handlungen durch die Einwilligung des Betroffenen der Begriff des Verbrechens im Allgemeinen ebenfalls aufgehoben werde, bedarf nach dem Bisherigen keiner weitläufigen Auseinandersetzung. Denn wenn unser positives Recht bei dem Leben selbst, als der Bedingung und Voraussetzung aller Rechte, von der Ansicht ausgeht, daß nur die gegen den Willen des Berechtigten begangene Verletzung desselben Verbrechen sei, so darf schon hieraus geschlossen werden, daß es in Ansehung der untergeordneteren Rechte der Einwilligung des Verletzten denselben Einfluß zugestanden haben werde.

Bei den Verbrechen gegen die Freiheit liegt es schon im Begriffe, daß sie nur gegen den Willen des Betroffe-

1) Schon *Boehmer*, med. in C. C. C. ad art. 137. §. 3. behauptet, es sei in diesem Falle nur eine culpose Tödtung vorhanden. Allein dieselbe fällt nicht unter den Begriff culposer Tödtung, von welchem die Carolina ausgeht.

Digitized by Google

nen begangen werden können. Als allgemeine Form der Verbrechen gegen die Freiheit stellt das römische Recht das crimen vis auf, dessen Wesen gerade darin besteht, daß dem Willen des Verletzten Gewalt angethan werde. [1]) Einzelne besonders hervorgehobene Fälle dieses Verbrechens sind Nothzucht, Menschenraub und Entführung. Und auch bei diesen Verbrechen ist es von dem positiven Rechte ausdrücklich anerkannt, daß sie nur gegen den Willen des Verletzten begangen werden können. [2])

Verletzungen der Gesundheit fallen nach römischem Rechte im Allgemeinen entweder unter den Gesichtspunct der Gewaltthätigkeit, oder unter den der Injurie. Nach beiden Gesichtspuncten wird aber durch die Einwilligung des Verletzten der Begriff des Verbrechens nothwendig aufgehoben. In Ansehung der Gewaltthätigkeit ist das soeben bemerkt worden. Von der Injurie aber sagt Ulpian ausdrücklich: „nulla est injuria, quae in volentem fit.“ [3]) Einige Fälle der Gesundheitsverletzung sind als selbstständige Verbrechen hervorgehoben, und dadurch dem Bereiche der Injurie entzogen. Das ist namentlich der Fall

---

1) L. 1. 2. D. 4. 2. . . . vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati.

2) Ueber Nothzucht l. 3 §. 4. D. 48. 6. P. G. O. Art. 119. Ueber Menschenraub l. 6. § 2. D. 48. 15. „Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum vel libertinum *invitum*, celaverit, quive invinctum habuerit, emerit. . . . .“ Ueber Entführung l. 5. §. 2. b. 6. D. 48. 6. Die Einwilligung der Entführten hebt freilich nicht immer den Begriff des Verbrechens auf, in sofern nämlich in demselben zugleich eine Verletzung der väterlichen oder ehemännlichen Rechte enthalten ist. l. u. §. 2. C. 9. 13. P. G. O. Art. 118.

3) L. 1. §. 5. D. 47. 10.

Digitized by Google

bei der Verstümmelung, welche zu dem Zwecke vorgenommen wird, den Verstümmelten dem Kriegsdienste zu entziehen, bei der Castration und bei dem Eingeben von Liebes- und Abortivtränken. Bei diesen Handlungen wird durch die Einwilligung des Betroffenen der Begriff des Verbrechens nicht allein nicht aufgehoben, sondern der Einwilligende noch überdieß der Strafe unterworfen [1]). Und jedes Falles macht sich auch der Einwilligende einer strafbaren Theilnahme schuldig, wenn er seine Einwilligung zu einer Handlung giebt, welche durch die Einwilligung selbst nicht aufhört, Verbrechen zu sein. Daß bei den übrigen Gesundheitsverletzungen, in sofern sie unter den Begriff der Injurie fallen, und daß überhaupt bei der Injurie mit der Einwilligung des Verletzten die Strafe hinwegfällt, hat aber nicht, wie Hepp behauptet, [2]) seinen Grund darin, daß die Injurie zu denjenigen Verbrechen gehöre, bei welchen Theils nur auf Anrufen des Verletzten bestraft werde, Theils die Strafe selbst nur eine Privatstrafe sei, auf welche gültig Verzicht geleistet werden könne. Denn Theils enthält, wie schon bemerkt worden ist, die Einwilligung gar keinen Verzicht auf die Strafe [3]), Theils würde ein solcher der Begehung der Injurie vorangegangener Verzicht gar keine rechtliche Wirksamkeit haben [4]). Der Grund liegt vielmehr nur darin,

1) Ueber Verstümmelung der Militärpflichtigen l. 4. §. 12. l. 6. §. 7. D. 49. 16. Ueber Castration l. 4. §. 11. D. 48. 8. Ueber Abortivmittel: l. 4. D. 47. 11. l. 8. D. 48. 8. b. 38. §. 5. l. 39. D. 48. 19. Ueber Liebestränke l. 3. §. 3. D. 48. 8. l. 38. §. 5. cit.

2) Im N. A. des C. R. XI. S. 253.

3) S. oben S. 427.

4) Vgl. die oben S. 429. Note 1. abgedruckte l. 27. §. 4. D. 2. 14.

Digitized by Google

daß durch die Einwilligung der Begriff der Injurie aufgehoben wird, da zu dieser als Rechtsverbrechen nothwendig das Merkmal „invito laeso“ gehört.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß der Begriff des Rechtsverbrechens durch die Einwilligung des Verletzten nur unter der Voraussetzung aufgehoben wird, daß durch die Einwilligung selbst ernstlich und wirklich auf dasjenige Recht verzichtet werden sollte, welches Gegenstand der Verletzung gewesen war. Zwar kann nicht behauptet werden, daß die Einwilligung in die Tödtung immer für einen Ausfluß des Wahnsinnes und der Geistesabwesenheit zu halten sei [1]), so daß der Thäter dieselbe niemals für eine ernstliche halten könne; allein auf der anderen Seite ist gewiß, daß es Niemand ohne Weiteres für eine ernstliche Einwilligung in die Tödtung nehmen kann, wenn ihn ein Anderer im Affecte geistigen oder körperlichen Leidens auffordert, ihm das Leben zu nehmen. Auch braucht kaum bemerkt zu werden, daß die Einwilligung in eine Handlung nicht mit der Einwilligung in den Erfolg zu verwechseln ist, zu welchem die Handlung geführt hat. Denn dieser Erfolg ist dessenungeachtet gegen den Willen des Verletzten hervorgebracht, wenn derselbe nicht darauf gerechnet hatte, daß er aus der Handlung hervorgehen werde [2]).

Endlich mag noch wiederholt werden, daß durch die bisherige Ausführung keines Weges hat behauptet werden

---

1) Vgl. darüber Hepp, a. a. O. S. 96.

2) Deßwegen tritt nach l. 38. §. 5. D. 48. 19. wenn das Eingeben eines Liebestrankes den Tod nach sich gezogen hatte, die Strafe für die Tödtung ein, ohne Zweifel, auch wenn der Getödtete den Trank wissentlich genommen hatte. Aus demselben Grunde kann bei Tödtungen, die im Duell vorgefallen sind, keine Einwilligung des Getödteten angenommen werden.

Digitized by Google

ſollen, daß es für den legislativen Standpunct an Gründen fehle, die gegen einen Einwilligenden begangenen Verletzungen in größerem Umfange, als es in dem gemeinen Rechte geſchehen, mit Strafe zu bedrohen. Denn es kann allerdings unſittlich und verwerflich erſcheinen, daß ein Menſch den anderen ermächtigt, ſich an ſeinem Leben, ſeiner Freiheit, Geſundheit oder Ehre zu vergreifen, und in noch höherem Grade unſittlich und verwerflich, von dieſer Ermächtigung Gebrauch zu machen. Nur das hat behauptet werden ſollen, daß es nach gemeinem Rechte bei den gegen dieſe Güter oder Rechte unternommenen Handlungen ein Unterſchied iſt, ob der Verletzte darein gewilligt oder nicht, und daß dieſe Handlungen, an einem Einwilligenden begangen, nicht unter die gemeinrechtlichen Strafgeſetze gegen Tödtung, Gewaltthätigkeit, Körperverletzung und Injurie ſubſumirt werden können. [1]) Daraus folgt allerdings, daß es an gemeinrechtlichen Geſetzen fehlt, nach welchen dieſe Handlungen, an einem Einwilligenden begangen, überhaupt mit Strafe belegt werden könnten. Aber durch dieſe Lücke des gemeinen Rechtes könnte man auf keinen Fall berechtigt werden, dieſe Handlungen unter Strafgeſetze zu ſubſumiren, welche gar nicht für dieſelben berechnet geweſen ſind. Auf jeden Fall unterliegt es auch auf dem legislativen Standpuncte gegründetem Bedenken, dieſe Handlungen, wenn ſie an einem Einwilligenden begangen werden, ganz in gleichem Maße, als wenn ſie gegen den Willen des

1) Schon *Kress*, ad art. 134. §. 4 und *Boehmer*, ad art. 137. §. 3. erkennen an, daß in der Carolina kein Geſetz vorkomme, unter welches die Tödtung eines Einwilligenden ſubſumirt werden könne.

Digitized by Google

Verletzten verübt werden, für strafbar zu halten und zu erklären.

Nunmehr muß der zweite der oben angegebenen Gründe, aus welchen eine ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung in der That eine rechtmäßige sein könne, in nähere Betrachtung gezogen werden [1]). Dieser Grund besteht darin, daß nach gesetzlicher Bestimmung Jemand unter gewissen Voraussetzungen eines Rechtes verlustig erklärt ist, welches ihm außerdem zugestanden haben würde. Denn es ist klar, daß alsdann unter diesen Voraussetzungen in Beziehung auf dieses Recht kein Rechtsverbrechen begangen werden kann.

Daß aber das Gesetz Jemanden eines Rechtes verlustig erklärt, ist in doppelter Weise denkbar. Entweder kann ihm dasselbe unbedingt und allgemein abgesprochen sein, so daß das Recht allen übrigen Menschen gegenüber als aufgehoben erscheint und von Niemandem eine Verletzung desselben begangen werden kann; oder es kann Jemandem sein Recht nur bestimmten Menschen gegenüber abgesprochen sein, so daß dasselbe nur von diesen nicht verletzt werden kann, während dieselbe Handlung, von anderen Menschen begangen, allerdings eine Rechtsverletzung enthalten würde. Nur von einigen der Fälle, die zu der letzteren Art gehören, braucht in dem Folgenden etwas ausführlicher die Rede zu sein.

Denn daß Jemand seiner sämmtlichen Rechte oder auch nur eines einzelnen Rechtes in der Weise verlustig erklärt wird, daß sich Jedermann ungestraft daran vergreifen könnte, kommt heutiges Tages nicht mehr vor. Nach

1) S. oben S. 411.

Digitized by Google

älterem teutschen Rechte hatte der Aechter nirgends Frieden und Geleite, so daß sich Niemand, der ihn an Leben, Leib, Ehre oder Gut angriff, eines Frevels gegen ihn schuldig machte. [1]) Allein während es noch in der bambergischen Halsgerichtsordnung ausdrücklich als straflose Tödtung anerkannt ist, daß Jemand einen Aechter entleibt, [2]) ist schon in der Carolina dieser Fall nicht mehr unter den Tödtungen aufgeführt, welche entschuldigt werden könnten. [3]) In gleicher Weise ist die Vogelfreiheit der Zigeuner, welche frühere Reichsgesetze anordneten [4]), mit der zunehmenden Bildung der neueren Zeit von selbst hinweggefallen. [5]) Auch kann von der Vogelfreiheit der Deserteure und Feldflüchtigen in unseren Tagen wohl keine Rede mehr sein. [6]) Ebenso wenig sind feindliche Soldaten in der Weise für gänzlich rechtlos zu halten, daß gar kein Verbrechen an ihnen begangen werden könnte. Zwar ist von einigen Juristen das Gegentheil behauptet worden, weil in dem Kriege eine völlige Aufhebung des Rechtszustandes enthalten sei. [7]) Allein diese Behauptung ist entschieden unrichtig; denn die Kriege werden nicht von den Einzelnen, sondern nur vom Staate durch die Soldaten geführt, und der Rechtfertigungsgrund für die Verletzungen, welche diese begehen, liegt nur

---

1) S. die Formel der Mordacht in der Bambergensis Art. 241.

2) Art. 175.

3) Art. 156, der dem Art. 175. der Bambergensis entspricht. Vgl überhaupt hierüber Abegg, Untersuchungen, S. 362.

4) R. P. O. von 1577 tit. 28. R. A. von 1589 tit. 22.

5) S. Abegg, a. a. O. S. 369.

6) Reuterbestallung von 1570, Art. 63. Es scheint bedenklich, wie Abegg, a. a. O. S. 371., thut, diese Bestimmung für kriegsrechtlich noch gültig zu erklären.

7) Henke, Handbuch, Band I, S. 236.

darin, daß sie von der regierenden Gewalt ihres Staates Befehl dazu erhalten haben. [1]) Die Einwohner eines kriegführenden Staates aber, welche nicht Soldaten sind, können in der voraufgegangenen Kriegserklärung unmöglich den Befehl erblicken, Rechtsverletzungen gegen die feindlichen Soldaten zu begehen. Auch leuchtet es dem gesunden Verstande von selbst ein, daß es in gleicher Weise ein strafbarer Diebstahl sei, wenn Jemand einem bei ihm einquartirten feindlichen Officiere seine Effecten stiehlt, als wenn er dieselbe Handlung gegen einen bei ihm logirenden Gastfreund begangen hätte. [2]) Dasselbe muß auch von den übrigen gegen feindliche Soldaten begangenen Verletzungen gelten, und in der That ist in den Quellen unseres gemeinen Rechtes nirgends anerkannt, daß durch dieselben keine Verletzungen begangen werden. [3])

Ebenso wenig kommt es vor, daß Jemand in Ansehung eines einzelnen Rechtes der Willkür der übrigen Menschen preisgegeben wäre, so daß von Niemandem ein Verbrechen daran begangen werden könnte. Feuerbach hat zwar noch in der neuesten Ausgabe seines Lehrbuches behauptet, daß an einem zum Tode verurtheilten Verbrecher kein Verbrechen der Tödtung verübt werde, sondern daß die Tödtung desselben nur eine Polizeiübertretung wider die öffentliche

---

1) Daher begeht selbst der Soldat gegen den feindlichen Soldaten ein Verbrechen, wenn er denselben verletzt, ohne Befehl zu haben, z. B. während eines Waffenstillstandes, oder wenn er ihn tödtet, während er ihn hätte gefangen nehmen können und sollen.

2) Vgl. auch von der Ende im N. A. des C. R. I. S. 399 ff.

3) Henke, a. a. O. beruft sich für seine Meinung auf §. 17. J. 2. 1. l. 4. D. 47. 12. und P. G. O. Art. 129, welche Stellen aber schwerlich für dieselbe gebraucht werden können.

Digitized by Google

Ordnung enthalte. [1]) Allein schon aus dem Inhalte und der Natur jedes Todesurtheiles ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Denn der Verbrecher hat auf jeden Fall das Recht, auf keine andere, als die im Urtheil angegebene Weise vom Leben zum Tode gebracht zu werden, sowie ihm auch das Recht nicht abgesprochen werden kann, noch so lange fort zu leben, bis das Urtheil ordnungsmäßig an ihm vollstreckt werden soll. Daß seine Tage vom Urtheile bis zur Vollstreckung gezählt sind, kann dabei keinen Unterschied machen. Müßte man sonst doch auch unterscheiden, ob das Verbrechen der Tödtung an einem alten und kranken, oder an einem jungen und kräftigen Menschen verübt worden wäre. Auch fehlt es in unserem positiven Rechte nicht an Andeutungen, nach welchen die Tödtung eines zum Tode Verurtheilten als Verbrechen der Tödtung angesehen werden muß. [2]) Häufig findet man auch die Behauptung, daß an einem Ehrlosen kein Verbrechen der Ehrverletzung begangen werden könne [3]). Allein eine völlige Aufhebung der gemeinen bürgerlichen Ehre, so daß ein Mensch ganz ehrlos dastände und keine Injurie an ihm begangen werden könnte, ist in dem gemeinen Rechte nicht anerkannt [4]). Dasselbe kennt vielmehr nur Schmählerungen

---

1) §. 34. Note a. Auch Grolman, §. 259. Note a. findet in einer solchen Handlung nur eine Verletzung der Rechte, welche dem Staate in Hinsicht der Justizadministration zustehen.

2) C. 13. 14. Caus. XXIII. qu. 5. „Cum minister judicis occidit eum, quem judex jussit occidi, profecto si id sponte facit, homicida est, etiamsi eum occidat, quem scit, a judice debuisse occidi.“ Vgl. Abegg, im N. A. des C. R. IX. S. 625 ff.

3) Feuerbach, §. 277. Martin, §. 163. Heffter, §. 303.

4) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, § 85.

Digitized by Google

oder Minderungen der Ehre, welche in den verschiedenen Abstufungen der Infamie, der Anrüchtigkeit und der Verächtlichkeit vorkommen und verschiedene nachtheilige Folgen nach sich ziehen [1]). Unter diesen Folgen ist aber nirgends mit aufgeführt, daß derjenige, welcher eine Schmählerung an seiner Ehre erlitten, ungestraft von Jedwedem beleidigt werden könne. [2])

Um auf die Fälle der anderen Art zu kommen, in welchen Jemandem sein Recht nur bestimmten Menschen gegenüber abgesprochen ist, so daß zwar nicht von diesen, wohl aber von anderen Menschen ein Rechtsverbrechen daran begangen werden kann, so dürfen einige derselben ebenfalls nur kurz berührt werden.

Nach römischem Rechte stand dem Ehemann und dem Vater die Erlaubniß zu, den Ehebrecher zu tödten, jenem, wenn er denselben über dem sträflichen Umgange mit seiner Frau betrat, diesem, wenn er den Ehebrecher mit der in seiner Gewalt befindlichen Tochter überraschte [3]). Diese Bestimmungen sind auch in die Carolina übergegangen, jedoch nicht in der Bedeutung, welche sie im römischen Rechte hatten. Während es nämlich nach römischem Rechte dem Ehemanne und dem Hausvater als ein wirkliches Recht zustand, den Ehebrecher zu tödten, [4]) führt die Ca-

1) Eichhorn, a. a. O. §. 85. ff.

2) Vgl. auch Weber, über Injurien und Schmähschriften S. 28.

3) S. die hierauf bezüglichen Stellen im Zusammenhange abgedruckt bei Abegg, Untersuchungen, S. 158. Note 93.

4) Daß die Tödtung nicht wegen des gerechten Affectes bloß entschuldigt wurde, sondern als ein wirkliches Recht ausgeübt werden durfte, ergiebt sich daraus, daß gewisse Bedingungen dabei beobachtet werden mußten, deren Beobachtung von dem Affectvollen nicht zu erwarten war. Der Ehemann durfte nur denjenigen

rolina diese Tödtungen unter denjenigen auf, welche entschuldigt werden können, wenn ordentlicher Weise dabei gehandelt worden sei. [1]) Daraus ergiebt sich aber, daß die Carolina ein eigentliches Tödtungsrecht des beleidigten Gatten oder Vaters nicht mehr anerkennt, sondern unter Umständen nur eine Entschuldigung eintreten läßt, wenn sie den Ehebrecher getödtet haben. Der Grund der Entschuldigung ist aber, wie sich Theils aus dem von der Carolina gebrauchten Ausdrucke „erschlecht", Theils aus der in der bambergischen Halsgerichtsordnung darüber vorkommenden Bestimmung ergiebt, [2]) in dem gerechten Zorne zu suchen, der sich des Gatten oder Vaters bemächtigen kann. [3]) Eine

---

Ehebrecher tödten, den er in seiner Wohnung betraf, und der zu den viliores personae gehörte, l. 24. D. 48. 5., und der Vater, dem das Tödtungsrecht überhaupt nur zustand, wenn er noch die väterliche Gewalt über seine Tochter hatte, mußte, um straflos zu sein, mit dem Ehebrecher zugleich seine eigene Tochter umbringen. L. 32 D. eod. Vgl. darüber Abegg, a. a. O. S. 165 und 168; auch Wächter, §. 54. Note 11.

1) Art. 150.

2) Bambergische H. G. O. Art. 145.

3) Deßwegen ist auch in der Carolina von den Bedingungen, welche nach römischem Rechte bei der Tödtung beobachtet werden mußten, nicht weiter die Rede. Zwar wird in der Carolina Art. 142. und in der Bambergensis, Art. 167., wo ebenfalls die Straflosigkeit dieser Tödtungen erwähnt wird, ausdrücklich auf „die Rechte" Bezug genommen, worunter nur das römische Recht verstanden werden kann. Allein dessenungeachtet kann nicht angenommen werden, daß in den einheimischen Strafgesetzbüchern die Tödtungsbefugniß mit den Bedingungen des römischen Rechtes hätte sanctionirt werden sollen. Denn diese Bedingungen konnten in Deutschland nicht anwendbar sein, da Theils nach allgemeiner teutscher Gewohnheit die väterliche Gewalt durch die Verheirathung der Tochter aufgehoben wurde, Theils auch keine viliores personae im

Digitized by Google

nicht im Affecte, sondern mit kaltem Blute vollzogene Tödtung des Ehebrechers ist daher nach der Carolina keines Weges eine straflose, woraus von selbst folgt, daß auch die im Affecte begangene Tödtung an und für sich immer als eine rechtswidrige Handlung, welche eben nur wegen des Affectes Entschuldigung findet, angesehen werden muß. [1])

Nach älterem römischen Rechte war es auch gestattet, den zur Nachtzeit im Hause betretenen Dieb zu tödten [2]). Aber im neueren römischen Rechte wurde diese Tödtungsbefugniß auf die Grundsätze der Nothwehr zurückgeführt, indem die Tödtung des Nachtdiebes nur noch unter der Voraussetzung als straflos angesehen wurde, daß derselbe nicht ohne Gefahr hatte geschont werden können [3]). In größerer Allgemeinheit ist es in der Carolina anerkannt [4]), daß an Jemandem, der bei nächtlicher Weile gefährlicher

---

Sinne des römischen Rechtes vorhanden waren. Vgl. überhaupt über das Verhältniß, in welchem bei diesem Puncte die Carolina zur Bambergensis und beide zu dem römischen Rechte stehen, Abegg, a. a. O. S. 350 ff., und Wächter, §. 214. Note 69.

1) Eine ähnliche Tödtungsbefugniß, deren aber in der Carolina gar keine Erwähnung geschieht, stand nach römischem Rechte gegen den Entführer und seine Genossen zu. L. un. pr. C. 9. 13. Abegg, a. a. O. S. 175.

2) L. 4. §. 1. D. 9. 2.

3) L. 9. D. 48. 8. Abegg, a. a. O. S. 141 ff.

4) Art. 150: „Item so jemandt eynen bei nechtlicher weil geverlicher weiß inn seinem hauß findt und erschlecht.“ Ohne Grund will Abegg, a. a. O. S. 364 f. diese Bestimmung nur auf den Nachtdieb beschränken, während sie wohl auf Jeden geht, der gefährlicher Weise bei Nachtzeit im Hause betreten wird. Unter „gefährlich“ ist aber hier periculose, nicht dolose, zu verstehen. Vgl. *Walch*, glossar s. v. Gefährlich.

Digitized by Google

Weise im Hause betroffen werde, eine strafloſe Tödtung begangen werden könne, wenn ordentlicher Weise dabei gehandelt worden sei. Auch dieſe Beſtimmung fällt unter den Geſichtspunct der Nothwehr, obgleich in dem Falle, auf welchen ſie ſich bezieht, nicht immer eine eigentliche Nothwehr vorhanden iſt. In ähnlicher Weiſe verhält es ſich mit der ſtrafloſen Tödtung des zu Verhaftenden, wenn derſelbe „unziemlichen, freventlichen und ſorglichen" Widerſtand geleiſtet hatte. [1]).

Im Falle einer Nothwehr aber hat der Benöthigte das Recht, den Nöthiger ſo weit zu verletzen, als es zum eigentlichen Schutze erforderlich iſt. Dieſes Recht könnte der Benöthigte nicht haben, wenn ſich der Nöthiger nicht in demſelben Umfange ſeiner Rechte verluſtig gemacht hätte. Daß dem Benöthigten dieſes Recht zuſtehe, folgt ſchon aus allgemeinen Rechtsprincipien, und iſt in unſerem poſitiven Rechte ausdrücklich anerkannt. [2]) Der Nöthiger, welcher dem Benöthigten gegenüber ſeiner Rechte verluſtig wird, verliert zwar dieſelben durch eine freiwillige Handlung, durch den ungerechten Angriff nämlich, welchen er gegen denſelben unternommen; allein der Verluſt ſelbſt geſchieht doch gegen ſeinen individuellen Willen. Darum iſt es nicht in Folge des freiwilligen Aufgebens ſeines

---

1) Art. 150.

2) L. 3. D. 1, 1. „Ut vim atque injuriam propulsemus, (juris gentium est.) Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur." L. 4. pr. D. 9. 2. .... „nam adversus periculum naturalis ratio permittit, se defendere." L. 45. §. 4 eod. ... „vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt." P. G. O. Art. 139 und 140.

Digitized by Google

Rechtes, sondern in Folge gesetzlicher Bestimmung, daß die gegen den Nöthiger verübte Verletzung keine rechtswidrige Handlung ist [1]). Die Erfordernisse aber, welche zu einer rechten Nothwehr gehören, sind jetzt noch zu betrachten übrig.

Die Römer bedienen sich des Ausdruckes moderatio inculpatae tutelae, um die rechte Nothwehr zu bezeichnen. [2]) Es ist schon mit Recht bemerkt worden, daß der Ausdruck nicht passender hätte gewählt werden können, um kurz und treffend die dazu gehörigen Haupterfordernisse zu begreifen. [3]) Umständlicher, aber weniger scharf, wird in der Carolina beschrieben, was eine rechte Nothwehr sei.

Art. 140. „Item, so eyner jemand mit eynem tödtlichen waffen oder weer überlaufft, anficht oder schlecht, und der benöttigt kan füglich on ferlichkeit oder verletzung seins leibs, lebens, ehr und guten leumuts nicht entweichen, der mag sein leib und leben on alle straff durch eyn rechte gegenweer retten, und so er also den benötiger entleibt, er ist darumb nichts schuldig, ist auch mit seiner gegenweer, biß er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig, unange-

---

1) Man wird keinen Widerspruch darin finden, daß hier gesagt ist, es sei in Folge gesetzlicher Bestimmung, daß die aus Nothwehr zugefügte Verletzung keine rechtswidrige Handlung sei, während zugleich anerkannt wird, daß das Recht der Nothwehr schon aus allgemeinen Rechtsprincipien hervorgehe. Denn im Staate kann kein anderes als positives Recht gelten, welches aber immer nur die besondere Form oder Weise ist, in welcher die allgemeinen Rechtsprincipien bei einem gegebenen Volke in die Erscheinung treten.

2) L. 1. C. 8. 4.

3) Rossbirt, Entwickelung, S. 204.

Digitized by Google

sehen, ob es geschribnen rechten und gewohnheiten entgegen wer."

Nach dem römischen Rechte ist Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae, abgenöthigte Vertheidigung unter Beobachtung des gehörigen Maßes. Dabei ist aber klar, daß nicht jeder Widerstand, den Jemand einem auf ihn gemachten ungerechten Angriffe entgegensetzt, eine eigentliche Nothwehr ist, welche criminalrechtlich in Betracht kommen könnte. Wenn der Eigenthümer die Sache festhält, welche ihm der Dieb hinwegnehmen will, wenn ein Frauenzimmer gegen unehrbare Zumuthungen abwehrenden Widerstand leistet, kann zwar von Abwehr und Vertheidigung, aber noch nicht von eigentlicher Nothwehr die Rede sein. Eine solche Vertheidigung, welche gar nicht gegen die Person des Angreifenden gerichtet ist und keine Verletzung desselben enthält, kann vielmehr hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit gar nicht in Frage kommen, und nicht mit unter den Handlungen begriffen sein, welche zwar ihrer äußeren Erscheinung nach eine Rechtsverletzung enthalten, aber in der That nicht rechtsverletzend sind, weil der Verletzte sich seines Rechtes verlustig gemacht hatte. Von eigentlicher Nothwehr, welche criminalrechtlich in Betracht kommt, kann vielmehr nur die Rede sein, wenn dem Angreifenden eine Verletzung zugefügt worden war, weil eben nur hier die Frage entstehen kann, ob dieselbe nur scheinbar eine Rechtsverletzung sei, oder in Wirklichkeit dafür genommen werden müsse. Wenn die römischen Juristen das Wesen der Nothwehr in das „vim vi repellere" setzen, so liegt darin eine Hindeutung darauf, daß dieselbe in einer mit Verletzung der Person verbundenen Vertheidigung bestehe, da Gewalt ohne eine solche Verletzung nicht gedacht werden kann. Die

Digitized by Google

Carolina spricht von der Nothwehr unter der Voraussetzung, daß dieselbe den möglichst schlimmen Erfolg gehabt und zu der Entleibung des Angreifenden geführt habe. Obgleich natürlicher Weise der Begriff der Nothwehr nicht darauf beschränkt, sondern auch noch vorhanden ist, wenn eine geringere Verletzung zugefügt war, so geht doch daraus hervor, daß den Bestimmungen der Carolina ebenfalls die Voraussetzung einer dem Angreifenden zugefügten Verletzung zu Grunde liege. In der That kann sich die Sache nicht anders verhalten, weil eben die Frage, auf welche es hier ankommt, immer nur darin besteht, ob die Verletzung, welche Jemand zugefügt hat, durch Nothwehr gerechtfertigt werden könne, oder nicht, so daß das Dasein der Verletzung selbst eine nothwendige Voraussetzung bildet. Von den Rechtslehrern scheint nicht immer gehöriges Gewicht auf den Umstand gelegt zu sein, daß zu dem Begriffe der Nothwehr eine dem Angreifenden zugefügte Verletzung erforderlich sei, und daß Vertheidigung ohne eine solche Verletzung noch nicht zur Nothwehr gehöre und mithin auch nicht den Bedingungen und Beschränkungen derselben unterliege [1]). Dieser Umstand ist aber von Wich-

---

1) Die von einigen Juristen gemachte Unterscheidung in eigentliche und in uneigentliche Nothwehr erkennt allerdings an, daß zur Nothwehr eine dem Angreifenden zugefügte Verletzung gehöre. Nach dieser Unterscheidung ist uneigentliche Nothwehr rein defensive Privatgewalt, bei welcher keine Beschädigung der Person des Angreifenden beabsichtigt wird, eigentliche Nothwehr dagegen eine aggressive Privatgewalt, mit welcher der Angegriffene einen Gegenangriff gegen den Angreifenden gemacht hat. Grävell, im N. A. des C. N. III. S. 280. und Henke, Handbuch Band I, S. 210. Wenn Wächter, §. 51. Note 8. behauptet, diese Unterscheidung widerspreche dem Sprachgebrauche, den Ge-

Digitized by Google

tigkeit für die Entscheidung einer Frage, über welche die Rechtslehrer verschiedene Ansicht hegen.

Diese Frage besteht darin, ob ohne Ausnahme zum Schutze aller Güter und Rechte, welche der Mensch hat, Nothwehr gebraucht werden dürfe, oder ob in dieser Beziehung eine Beschränkung Statt finde. Zwar ist man darüber einverstanden, daß das Recht der Nothwehr zustehe zum Schutze der körperlichen Integrität, um Angriffe abzuwehren, welche gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Keuschheit unternommen werden. Allein in Ansehung der Vermögensrechte und der Ehre herrscht unter den Juristen verschiedene Ansicht. Nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht ist die Nothwehr zum Schutze von Vermögensrechten zwar nicht schlechterdings unzulässig, aber doch nur unter der Beschränkung rechtlich erlaubt, daß nach den Umständen des einzelnen Falles die Sache unwiderbringlich verloren gewesen wäre, weßhalb namentlich zum Schutze des Besitzes unbeweglicher Sachen, bei welchen diese Gefahr nicht eintrete, keine Nothwehr gebraucht werden dürfe.[1]) Andere Juristen behaupten dagegen, daß eine solche Beschränkung sowohl den Gesetzen, als der Natur der Sache widerspreche. Ebenso wird, was die Ehre betrifft, von Einigen behauptet, von Anderen geleugnet, daß Nothwehr zum Schutze derselben angewendet werden dürfe.[2])

Um aber zu einer richtigen Ansicht über diese streitige Frage zu gelangen, muß von dem Wesen und Begriffe der

---

setzen und der Natur der Sache, so ist das nur in sofern richtig, als die uneigentliche Nothwehr überhaupt gar nicht zur Nothwehr gerechnet werden kann.

1) Die Litteratur darüber s. bei Wächter §. 5. Note 8. (S. 87 f.)

2) Wächter, a. a. O. S. 89.

Digitized by Google

Nothwehr und von dem Rechtsgrunde ausgegangen werden, aus welchem der Gebrauch derselben überhaupt gerechtfertigt werden kann. Die römischen Juristen selbst berufen sich für die Rechtfertigung der Nothwehr nur auf das jus gentium und die naturalis ratio [1]), ohne zu erwähnen, daß dem Gebrauche derselben nach ihrem jus civile entweder weitere oder engere Gränzen gezogen seien, als sich schon aus dem natürlichen Begriffe und Grunde derselben ergeben. Und in der That stimmen die positiven Grundsätze, welche sowohl in dem römischen Rechte, als auch in der Carolina darüber enthalten sind, vollkommen mit dem überein, was schon aus der Natur der Sache hervorzugehen scheint.

Der natürliche Rechtfertigungsgrund der Nothwehr kann aber nur darin gefunden werden, daß Niemand die Verbindlichkeit haben kann, eine Verletzung in seinen Rechten zu erleiden, und daß ihm mithin das Recht zustehen muß, dem Angreifenden eine Verletzung zuzufügen, wenn diese das einzige Mittel ist, die Verletzung von sich selbst abzuwenden. Denn wollte der Staat dem Bedroheten dieses Recht absprechen, so würde er ihm in der That die Verbindlichkeit auferlegen, eine Verletzung seines Rechtes zu erleiden, weil er ihm alsdann das einzige Mittel abschneiden würde, sich in seinem Rechte unverletzt zu erhalten [2]).

---

1) S. die S. 475. Note 2. angeführten Stellen.

2) Richter, philosoph. Strafrecht, S. 135 ff. und Hefftter, §. 41. Note 2. gründen die Nothwehr auf den an und für sich richtigen Satz, daß das Unrecht etwas an sich Nichtiges und unter keiner Bedingung zu Duldendes sei. Allein mit diesem Satze wird nicht erklärt, warum nur der bestimmte Einzelne Nothwehr gebrauchen, und warum dieser nicht eher zu derselben schreiten dürfe, als bis ihm kein anderes Mittel übrig sei,

Digitized by Google

Daraus folgt auch nothwendig, daß der Angreifende dem Angegriffenen gegenüber in demselben Umfange seine Rechte verliert, in welchem es für diesen das einzige Mittel ist, dieselben zu verletzen, um sich in seinen eigenen Rechten zu erhalten. Auf diese Weise ergiebt sich das Recht der Nothwehr als ein natürlicher Ausfluß jedes Rechtes, dessen Verletzung nicht anders, als eben durch sie abgewendet werden kann. Wenn aber die Verletzung des Angreifenden für den Angegriffenen nicht das einzige Mittel ist, die Verletzung seines eigenen Rechtes abzuwenden, kann ihm auch das Recht der Nothwehr nicht zustehen. Denn der Einzelne kann nicht befugt sein, über die Rechte seines Nebenmenschen willkürlich zu verfügen, und es würde in der That Nichts Anderes sein, als die Rechte des Einen in die Willkür des Anderen geben, wenn diesem erlaubt wäre, Nothwehr zu gebrauchen, während ihm noch andere Mittel übrig wären, denselben Zweck zu erreichen.

Die Frage, ob zum Schutze der Vermögensrechte und der Ehre Nothwehr gebraucht werden dürfe, löset sich daher in die andere Frage auf, ob Fälle denkbar seien, in welchen die Verletzung dieser Rechte nicht anders, als durch Verletzung des Angreifenden abgewendet werden könne. Wäre es der Fall, so würde in denselben dem Berechtigten das Recht der Nothwehr nicht abgesprochen werden können. Allein es bedarf keines weitläufigen Beweises, daß das nicht der Fall sein könne. Alle Rechte stehen unter dem Schutze des Staates. Dieser Schutz kann aber nicht darin bestehen, daß der Staat das factische Vorkommen von Verletzungen derselben unmöglich machte, sondern nur darin,

sich in seinem Rechte zu erhalten. Vgl. auch Abegg, Lehrbuch, S. 169.

Digitized by Google

daß er den Verletzenden anhält, dem Verletzten vollständige Entschädigung zu gewähren. Die vollständige Entschädigung ist aber in der That eine Wiederaufhebung der Verletzung, da durch dieselbe der Entschädigte in denselben Zustand versetzt wird, in welchem er sich vor der Verletzung befunden. Die vollständige Entschädigung ist deßwegen auch ein Mittel, die Verletzung selbst abzuwenden, da in Wirklichkeit gar nicht gesagt werden kann, daß Jemand eine Verletzung erlitten, nachdem er gegen dieselbe wieder in den vorigen Stand eingesetzt worden war. Daher kann in Ansehung aller Rechte, wegen deren Verletzung vollständige Entschädigung gegeben werden kann, die Nothwehr niemals das einzige Mittel sein, sich in denselben unverletzt zu erhalten.

Daß aber wegen Verletzungen der Vermögensrechte und der Ehre vollständige Entschädigung gegeben werden kann, liegt in der Natur der Sache. Denn was die Vermögensrechte betrifft, so kann, wie sich ihr Werth immer auf Geld oder Geldes Werth zurückführen läßt, auch jede Verletzung derselben zu Gelde angeschlagen und mithin durch Geld vollständige Entschädigung dafür gegeben werden. Es kommt freilich vor, daß mancher Entschädigungsanspruch nicht realisirt werden kann, entweder weil es dem Pflichtigen an den Mitteln fehlt, demselben zu genügen, oder weil derjenige, der die Verletzung zugefügt, nicht ermittelt und zur Entschädigung angehalten werden kann. Allein deßwegen bleibt es doch wahr, daß für jede Verletzung eines Vermögensrechtes vollständige Entschädigung gegeben werden kann, da es auf jeden Fall nur die Folge zufälliger, von der Natur des Vermögensrechtes selbst ganz unabhängiger Umstände sein würde, wenn in einzelnen Fällen die Verletzung desselben nicht vollständig entschädigt

Digitized by Google

werden sollte. Ebenso bedarf es in Ansehung der Ehre keiner weiteren Ausführung, daß Verletzungen derselben, so weit nicht Verletzungen der persönlichen Integrität damit verbunden sind, vollständig entschädigt werden können. Denn die wahre, innere Ehre, welche eine Folge des Werthes ist, den Jemand als Mensch und Mitglied der menschlichen Gesellschaft hat, ist überhaupt kein Gegenstand der Verletzung. Die äußere Ehre aber, welche in der Achtung und Anerkennung beruht, die der Mensch von seinem Nebenmenschen verlangen darf, kann allerdings verletzt werden durch Handlungen, welche dieser Achtung und Anerkennung widersprechen; allein wie die Verletzung dabei bloß darin besteht, daß diese Achtung und Anerkennung verweigert wurde, wo sie gewährt werden mußte, so ist auch eine vollständige Entschädigung derselben gegeben, wenn öffentlich anerkannt wird, daß die Verweigerung ohne Grund geschehen war. In sofern der Injuriirte behaupten sollte, durch die Injurie einen materialen Schaden erlitten zu haben, müßte derselbe zu Gelde angeschlagen und mithin ebenfalls vollständig ersetzt werden können [1]).

Aus diesen Bemerkungen würde sich als Resultat ergeben, daß zum Schutze der Vermögensrechte und der Ehre schlechterdings gar keine Nothwehr angewendet werden dürfe. Nicht einmal mit der Beschränkung auf die Fälle, in welchen die Sache dem Berechtigten unwiederbringlich verloren gewesen wäre, kann nach dem Bisherigen die Nothwehr zum Schutze von Vermögensrechten für zulässig erachtet werden. Denn seiner Natur nach kann jedes Vermögensrecht vollständig ersetzt werden, indem es immer nur zufällige,

1) Dafür gestattet das römische Recht dem Injuriirten die ästimatorische Klage. §. 7. 8. 10. J. 4. 4.

Digitized by Google

äußere Umstände sein könnten, wegen welcher im einzelnen Falle der Verlust nicht ersetzt werden könnte. Und alsdann würde es nicht die Natur des gegen ihn gerichteten Angriffes, sondern das von dem Angegriffenen im Augenblicke des Angriffes nicht ein Mal mit Sicherheit zu ermittelnde Dasein dieser Umstände sein, wodurch derselbe berechtigt werden sollte, Nothwehr zu gebrauchen. In der That würden aber die Rechte des Menschen in arger Weise dem Zufalle preisgegeben sein, wenn es von dem Dasein dieser Umstände abhängen sollte, ob Nothwehr gebraucht werden dürfe [1]). Wegen eines bloßen Zufalles kann vielmehr ein Mensch dem anderen gegenüber niemals seine Rechte verlieren, so daß ohne alle Beschränkung die Nothwehr zum Schutze von Vermögensrechten für unstatthaft erklärt werden muß. Der Widerspruch, in welchem dieses Resultat mit der gewöhnlichen Lehre steht, ist aber scheinbar größer, als es in Wirklichkeit der Fall ist.

Es ist nämlich schon bemerkt worden, daß unter Nothwehr nicht jede Maßregel zu verstehen ist, durch welche man sein Recht gegen den Angriff eines Anderen zu vertheidigen sucht, sondern nur eine solche Vertheidigung, welche mit einer Verletzung der Person des Angreifenden verbunden ist. Und nur von der Nothwehr in diesem Sinne ist es gemeint, daß sie nicht zum Schutze der Vermögensrechte und der Ehre gebraucht werden dürfe. Dagegen ver-

1) Unter die Fälle, in welchen die Sache unwiederbringlich verloren gewesen wäre und also Nothwehr gegen den Dieb gebraucht werden dürfe, rechnet z. B. *Boehmer*, med. in C. C. C. ad Art. 140. §. 3, wenn derselbe ein ganz unbekannter Mensch sei. Darnach würde der Dieb dem Angegriffenen gegenüber sein Recht verlieren bloß aus dem Grunde, weil er demselben nicht bekannt gewesen wäre.

Digitized by Google

steht sich von selbst, daß demjenigen, der in einem seiner Rechte angegriffen wird, nicht zugemuthet werden kann, sich aus Rücksicht auf die vollständige Entschädigung, die ihm vom Staate verschafft werden kann, vor der Hand dem Angriffe ruhig zu unterwerfen. Vielmehr hat Jeder in Beziehung auf jedes Recht, welches ihm zusteht, die unbedingte Befugniß, seinen gerechten Willen dem ungerechten Willen desjenigen, der eine Verletzung desselben versucht, entgegenzusetzen und von ihm zu verlangen, daß er von dem Angriffe abstehe. Diese Befugniß kann sich selbst körperlich geltend machen, ohne daß deßhalb von Nothwehr die Rede zu sein brauchte. In dem Besitze und Eigenthume liegt die Befugniß, alle anderen Menschen von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen, und der Berechtigte ist daher ohne Zweifel befugt, die Sache festzuhalten, welche der Dieb ergreifen will, oder sie ihm wieder wegzunehmen, nachdem er sich in Besitz derselben gesetzt hatte. Aber wie schon der Sprachgebrauch diese Vertheidigung nicht Nothwehr nennt, so fällt sie auch nicht unter den gesetzlichen Begriff derselben, weil eben keine Verletzung der Person des Angreifenden damit verbunden ist. In ähnlicher Weise steht dem Menschen auf jeden Fall die Befugniß zu, sich gegen Angriffe zu vertheidigen, die gegen seine Ehre unternommen werden, in sofern hier überhaupt eine Vertheidigung, welche nur den Zweck hat, die Fortsetzung oder Vollendung der Injurie zu verhindern, gedacht werden kann [1]). Aber auch hier ist die Vertheidigung keine Noth-

1) Da die reine Verbalinjurie ihrer Natur nach sogleich vollendet ist, sowie sie in das Gebiet der äußeren Erscheinung tritt, so kann schon aus diesem Grunde von einer Nothwehr gegen dieselbe keine Rede sein. Dagegen hat man gewiß das Recht, ein

Digitized by Google

wehr, so lange kein Angriff auf die Person des Angreifenden in ihr enthalten ist.

Daher hat mit dem Obigen keines Weges behauptet werden sollen, daß man sich ruhig alle Angriffe gefallen lassen müsse, welche gegen Vermögen oder Ehre unternommen werden; sondern nur, daß zum Schutze dieser Rechte, weil für ihre Verletzung vollständige Entschädigung geleistet werden kann, die Vertheidigung nicht bis zur Verletzung der Person des Angreifenden getrieben werden dürfe. In der Anwendung aber führt dieses Resultat in vielen Fällen zu denselben Folgen, als die gewöhnliche Lehre, nach welcher zum Schutze der Vermögensrechte und der Ehre allerdings Nothwehr gebraucht werden darf.

Die Rechte nämlich, deren Vertheidigung bis zur Verletzung der Person des Angreifenden oder bis zur eigentlichen Nothwehr getrieben werden darf, können nur diejenigen Rechte sein, für deren Verletzung keine vollständige Entschädigung gegeben werden kann. Diese Rechte sind aber die der persönlichen Integrität in ihrem vollsten Umfange, da Leben, Gesundheit, Keuschheit und Freiheit zum Theil nicht wieder hergestellt und auf keinen Fall zu Gelde angeschlagen werden können. Ein Angriff, welcher gegen diese Rechte unternommen wird, berechtigt daher den Angegriffenen in der Weise zur Nothwehr, daß er sich durch die Rücksicht, ob die Person des Angreifenden dadurch verletzt werde, oder nicht, nicht beschränken zu lassen braucht, wenn nur die eigene Erhaltung dieser Rechte die angewendeten Gewaltmaßregeln zu erfordern schien.

Ein Angriff gegen die persönliche Integrität wird aber

öffentlich angeheftetes Pasquill herunter zu reißen, da Niemand ein Recht haben kann, dasselbe öffentlich auszuhängen.

Digitized by Google

in vielen Fällen entstehen, in welchen es von dem Angreifenden zunächst nur auf Vermögensrechte abgesehen gewesen war. Denn wenn der in seinen Vermögensrechten Bedrohete sich dem ungerechten Angriffe nicht unterwerfen will, sondern, wozu er befugt ist, sich in dem Besitze der Sache zu behaupten, oder den eben verlorenen Besitz wieder zu erlangen sucht, so geht der ursprünglich nur gegen die Vermögensrechte unternommene Angriff in einen Angriff gegen die persönliche Integrität über, wenn der Angreifende dieser Vertheidigung gewaltsamen Widerstand leistet. Und gegen diesen Angriff kann dem Angegriffenen natürlicher Weise das Recht der Nothwehr nicht abgesprochen werden. Daher ist der Angefallene ohne Zweifel befugt, gegen den Räuber Nothwehr zu gebrauchen, wenn ihm derselbe die Sache gewaltsam hinwegzunehmen sucht. Ebenso darf gegen den Dieb Nothwehr angewendet werden, wenn derselbe Gewalt anwendet gegen denjenigen, der sich die Sache nicht hinwegnehmen lassen will. Denn die Gewalt, welche der Räuber oder der Dieb in dem erwähnten Falle anwendet, um sich in den Besitz der Sache zu versetzen, ist nothwendig gegen die Person gerichtet und daher ein Angriff, gegen welchen Nothwehr gebraucht werden darf. Zwar würde dieser Angriff gegen die Person nicht erfolgt sein, wenn sich der Angegriffene dem Hinwegnehmen seiner Sache nicht widersetzt hätte; allein nichtsdestoweniger ist er gegen die Person gerichtet, sowie diese, wozu sie nicht verpflichtet sein konnte, sich nicht aus dem Besitze der Sache entsetzen lassen wollte. Ebenso beabsichtigt der Angegriffene durch seinen Widerstand zunächst Nichts Weiteres, als sich im Besitze der Sache zu erhalten; allein nichtsdestoweniger ist es Vertheidigung seiner Person und nicht mehr bloß seiner Sachen, wenn er Nothwehr gebraucht gegen den An-

Digitized by Google

greifenden, der ungeachtet dieses Widerstandes von seinem Unternehmen nicht abstehen wollte.

In sofern also in der hier entwickelten Theorie nicht in Abrede gestellt worden ist, daß sich der Eigenthümer oder Besitzer den Eingriff in seine Rechte nicht ruhig gefallen zu lassen brauche, und daß er Nothwehr gebrauchen dürfe, wenn der Angreifende dennoch von seinem Unternehmen nicht abstehe, weicht dieselbe im practischen Resultate nicht wesentlich ab von der gewöhnlichen Lehre, welche die Nothwehr zum Schutze der Vermögensrechte gestattet. Die Abweichung besteht nur darin, daß in dieser Theorie die Nothwehr nicht auf die Vertheidigung der Sachen, sondern auf die Vertheidigung der Person bezogen wird. Aus dieser Abweichung ergiebt sich aber als nothwendige Folge, daß zum Schutze der Vermögensrechte keine Nothwehr gebraucht werden darf, wenn mit dem Angriffe auf dieselben nicht zugleich ein Angriff auf die Person verbunden ist. Und in dieser Folge ist die eigentliche Abweichung enthalten, welche aber in der obigen Ausführung ihre Rechtfertigung findet. Um sogleich das practische Resultat dieser Abweichung anzugeben, so besteht es darin, daß gegen den mit den hinweggenommenen Sachen davon eilenden Dieb oder Räuber keine Nothwehr mehr angewendet werden könne. Zwar versteht sich nach dem Bisherigen von selbst, daß dem Verletzten das Recht nicht abgesprochen werden könne, dem Verbrecher nachzueilen, um sich wieder in den Besitz der Sachen zu versetzen, und daß alsdann bei geleistetem persönlichen Widerstande wirkliche Nothwehr begründet werden kann; allein das Recht, auf den Fliehenden zu schießen, oder überhaupt ihm Verletzungen zuzufügen, bloß zu dem Zwecke, ihn an der weiteren Flucht zu verhindern, kann dem Verletzten nicht zustehen, da er auf jeden Fall in der

Digitized by Google

an und für sich möglichen vollständigen Entschädigung noch andere Mittel hat, die Verletzung von sich selbst abzuwenden. Daß im einzelnen Falle geringe Aussicht vorhanden ist, die Entschädigung zu erhalten, kann, wie bereits bemerkt worden, keine Abweichung von dem Principe begründen. Auch ist es wohl noch Niemandem eingefallen, einem Gläubiger das Recht zuzugestehen, gegen seinen Schuldner, der flüchtig werden will, Nothwehr zu gebrauchen, obgleich dabei in vielen Fällen die Gefahr des gänzlichen Verlustes keine geringere sein wird.

Wie es sich in der angegebenen Weise aus dem natürlichen Rechtfertigungsgrunde der Nothwehr ergiebt, daß sie nicht zum Schutze der Vermögensrechte und der Ehre gebraucht werden dürfe, so ist dieses auch in dem römischen Rechte anerkannt, welches sich für den Gebrauch der Nothwehr ausdrücklich auf die naturalis ratio beruft. Für die Vermögensrechte folgt es schon aus der in den zwölf Tafeln enthaltenen Vorschrift, daß der bei Tage betretene Dieb nicht anders getödtet werden dürfe, als wenn er sich mit Waffen zur Wehre gesetzt habe [1]). Und alsdann kann die Nothwehr nicht mehr auf die Vertheidigung der Sachen, sondern nur auf die Vertheidigung der Person bezogen werden. Daß im späteren römischen Rechte ein anderes Princip befolgt worden sei, kann nicht nachgewiesen werden. Zwar ist mehrfach anerkannt, daß der mit Gewalt

---

1) L. 4. §. 1. D. 9. 2: „Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit; ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen aeque cum clamore testificetur.“ Vgl. die übrigen Stellen dafür bei Abegg, Untersuchungen, S. 141 ff. Note 61.

Digitized by Google

angegriffene Besitzer Gewalt gebrauchen dürfe, um sich im Besitze zu erhalten, oder den durch Gewalt verlorenen Besitz in continenti wieder zu erlangen [1]); allein auch daraus ergiebt sich, daß bei der Nothwehr immer zunächst an eine Vertheidigung zum Schutze der Person gedacht sei. Denn außerdem könnte dem angegriffenen Besitzer die Anwendung von Gewalt nicht unter der Beschränkung gestattet sein, daß es in continenti geschehe, da die Gefahr, die weggenommene Sache entweder gänzlich zu verlieren oder wenigstens einen Schaden daran zu erleiden, auf dessen Ersatz nach den Umständen des einzelnen Falles geringe Aussicht ist, noch ebenso groß sein kann, auch nachdem längere Zeit seit dem Verluste verflossen [2]). Eben sowenig kann nachgewiesen werden, daß das römische Recht gegen Ehrverletzungen, in sofern sie nicht Realinjurien sind, welche einen Angriff gegen die persönliche Integrität enthalten, die Nothwehr gestatte. Wenn auch Florentinus im

---

1) L. 3. §. 9. D. 43. 16: „Eum igitur, qui cum armis venit, armis possumus repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur, sed et si dejectus quis fuerit, eundem dejicere, non ex intervallo, sed ex continenti. — L. 17. eod. Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est. — L. 1. C. 8. 4 Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. "

2) Mit Recht erinnert Wächter, §. 51. Note 8., daß in Ansehung der Gefahr des Verlustes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen kein wesentlicher Unterschied sei, da die letzteren Theils zerstört und verschlechtert werden können, Theils in der Regel auch bewegliche Sachen auf sich enthalten.

Digitized by Google

Allgemeinen sagt [1]), es sei im jus gentium begründet, „ut vim atque injuriam propulsemus," so fügt er doch weiter hinzu: „nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur," zum Beweise, daß er dabei nur an Schutz der persönlichen Integrität gedacht habe.

Dieselben Grundsätze sind in der Carolina anerkannt. In den Artikeln, welche eigentlich und ausschließlich von der Nothwehr handeln [2]), ist nur davon die Rede, daß dieselbe zur Rettung von Leib und Leben angewendet werde. Worauf man sich immer beruft, um die Nothwehr zum Schutze der Vermögensrechte zu rechtfertigen, ist der Art. 150. in welchem unter den Tödtungen, welche entschuldigt werden können, auch diejenige mit aufgeführt wird, welche Jemand zur Rettung von eines Anderen Leib, Leben oder Gut verübt habe. Daraus schließt man, daß um so mehr die Tödtung zur Rettung des eigenen Gutes gestattet sein müsse, und daß es also nur eine zufällige Auslassung sei, wenn in den Artikeln 139., 140. und 142. der Nothwehr zur Rettung eigenen Gutes keine Erwähnung gethan werde.

Mit stärkerem Rechte kann aber daraus, daß in diesen Artikeln, welche von der Nothwehr zum eigenen Schutze handeln, dieselbe nur zum Schutze von Leib und Leben, nicht auch von Vermögensrechten gestattet ist, der umgekehrte Schluß gemacht werden, daß in dem Art. 150. die Nothwehr auch nicht zum Schutze der Vermögensrechte eines Anderen zugelassen sein könne. Denn in der That ist es überhaupt gar keine Nothwehr, wenn Jemand, ohne selbst angegriffen zu sein, einen Anderen gegen ungerechte An-

1) L. 3. D. 1. 1.

2) Art. 139 und 140.

Digitized by Google

griffe vertheidigt, wie denn auch die Carolina nur von Nothwehr zum eigenen Schutze redet, und die Vertheidigung eines Anderen gar nicht mit zur Nothwehr rechnet. Damit soll zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß man das Recht habe, dem Schwachen beizustehen und ihn gegen ungerechte Angriffe zu vertheidigen; aber an und für sich kann diese Vertheidigung nicht bis zur Verletzung des Angreifenden getrieben werden. Denn für diese Verletzung würde nicht derselbe Rechtfertigungsgrund zutreffen, aus welchem die Verletzung zum eigenen Schutze gerechtfertigt werden kann. Wenn auch gewiß sein sollte, daß der Angreifende ohne die von dem Dritten erhaltene Verletzung den Angegriffenen in einem Rechte, welches nicht vollständig ersetzt werden kann, verletzt haben würde, so würde jener Dritte dadurch allein doch noch nicht zur Verletzung berechtigt sein, da das Recht dazu immer nur dem Angegriffenen selbst unmittelbar für seine Person zustehen könnte. Dagegen versteht sich von selbst, daß die Vertheidigung eines Angegriffenen, welche nicht bis zur Verletzung des Angreifenden geht, einem Jeden zustehen muß, wie man zu jeder Handlung berechtigt ist, welche weder den Rechten eines Anderen, noch einem ausdrücklichen Verbote zuwider läuft. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß diese Vertheidigung entweder zu dem Zwecke führt, zu welchem sie unternommen wurde, oder daß im entgegengesetzten Falle der Vertheidigende in einen Fall versetzt wird, in welchem er Nothwehr zur Vertheidigung seiner eigenen Person gebrauchen darf. Denn entweder steht der Angreifende von seinem Angriffe ab, und alsdann ist überhaupt von einer Verletzung desselben keine Rede, oder er steht nicht davon ab, was nur unter der Voraussetzung denkbar ist, daß er der Vertheidigung persönlichen Widerstand entgegensetzet,

Digitized by Google

und alsdann wird der Vertheidigende durch diesen berechtigt, sich gegen ihn der Nothwehr zu bedienen. Wenn es daher in der Carolina als straflose Tödtung anerkannt ist, Jemanden zur Rettung von eines Anderen Leib oder Leben zu entleiben, so kann dieser Bestimmung nur der Fall zu Grunde liegen, daß der Getödtete dem Vertheidigenden Widerstand geleistet und diesen dadurch zur Nothwehr genöthigt hatte. Dieselbe Voraussetzung liegt nothwendig auch zu Grunde, wenn die Tödtung zur Rettung von eines Anderen Gut als straflos anerkannt ist. Daher kann mit dieser Bestimmung des Art. 150. durchaus nicht bewiesen werden, daß nach der Carolina zum Schutze von Vermögensrechten Nothwehr gebraucht werden dürfe [1]).

Ebenso wenig ist in der Carolina die Ehre als ein solches Recht betrachtet, welches durch Nothwehr vertheidigt werden dürfe. Zwar ist ausdrücklich anerkannt, daß keinem Angegriffenen zugemuthet werden könne, statt der Nothwehr lieber die Flucht zu wählen, wenn dieselbe nicht ohne Gefahr für Ehre und guten Leumund ergriffen werden könne [2]); allein daß damit nicht die Ehre als der Gegen-

---

1) Daß die Carolina keine Nothwehr zum Schutze von Vermögensrechten anerkenne, folgt auch aus Art. 144., in welchem die Frage erörtert wird, ob ein Mann in den Fall kommen könne, gegen ein Weib Nothwehr zu gebrauchen. „Wie wohl, heißt es daselbst, nit leichtlich eyn weib eynen mann zu eyner entschuldigten nothwehr ursachen mag, so wer doch müglich, daß ein grausam weib eynen weichen mann zu einer nothwehr bringen mocht, sonderlich so sie förgliche und er schlechtere weer hett." Für weibliche Diebe, die mit den gestohlenen Sachen davon eilten, würde diese Bestimmung gar nicht passen.

2) Art. 140 und 142.

Digitized by Google

stand bezeichnet sei, der durch Nothwehr geschützt werden dürfe, bedarf keiner weiteren Ausführung [1]).

Ueber die übrigen Erfordernisse der Nothwehr kann kurz hinweggegangen werden, da sie sich aus dem angegebenen Zwecke und Rechtfertigungsgrunde von selbst ergeben. Die gerechte Nothwehr beruht auf den beiden Voraussetzungen, daß ein Angriff auf die Rechte desjenigen gemacht sei, der sie gebrauchen will, und daß sie das einzige Mittel sei, diesem Angriffe zu entgehen. Aus der ersten Voraussetzung folgt, daß keine Nothwehr begründet sein kann, wo gar kein solcher Angriff gemacht worden war. Daher kann von Nothwehr keine Rede sein gegen alle Maßregeln der öffentlichen Gewalt, welchen der Angegriffene ohne Rücksicht darauf, ob sie rechtlich begründet sind, oder nicht, sich vorläufig zu unterwerfen verbunden ist [2]). Denn wie durch solche Maßregeln gar keine Verletzung seiner Rechte beabsichtigt wird, so ist auch für den Fall, daß sie nicht rechtlich begründet sind, die Nothwehr nicht das Mittel, die Verletzung von sich abzuwenden. Nur wenn die Diener der öffentlichen Gewalt ihre Befugnisse überschritten und eine Gewalt anwendeten, welche den Character des Verbrecherischen offenbar an sich trüge, würde Nothwehr dagegen angewendet werden können [3]).

---

1) Vgl. darüber Martin, §. 45. Note 8., und Feuerbach, §. 38. Note c.

2) P. G. O. Art. 150: „... so eynem jemandt von ampts wegen zu fahen gebürt." Der Natur der Sache nach haben die Maßregeln der öffentlichen Gewalt immer die Präsumtion der Rechtmäßigkeit für sich, so daß auf keinen Fall ein Einzelner durch Privatgewalt denselben entgegen treten darf.

3) Henke, Handbuch, Band I, S. 207.

Digitized by Google

Aus der anderen Voraussetzung, daß die Nothwehr das einzige Mittel sei, sich in seinem Rechte zu erhalten, geht zuvörderst hervor, daß der Angriff, gegen welchen sie gebraucht werden soll, nicht von dem Angegriffenen selbst veranlaßt sein dürfe. Denn alsdann wäre es ein anderes und besseres Mittel gewesen, die Verletzung abzuwenden, wenn er zu dem Angriffe selbst keine Veranlassung gegeben hätte. Daher kann sich der Duellant niemals auf Nothwehr berufen, ob es gleich sehr wahrscheinlich sein kann, daß er selbst verwundet worden sein würde, wenn er den Gegner nicht verwundet hätte; ebenso wenig der betretene Ehebrecher, der den Gatten oder Vater zu gerechtem Zorne gereizt hatte [1], oder der betretene Dieb, der mit Schlägen aus dem Hause gejagt wird. Auch leuchtet es dem gesunden Rechtssinne von selbst ein, daß die Berufung auf Nothwehr demjenigen nicht zu Statten kommen könne, der eine Rauferei veranlaßt und in derselben Jemanden beschädigt hat, wenn er es auch wirklich zunächst nur zu seiner persönlichen Vertheidigung gethan haben sollte [2].

---

1) P. G. O. Art. 142.

2) Daher auch die Regel: gegen Nothwehr giebt es keine Nothwehr. Ich beschränke diese Regel nicht ein Mal, wie es gewöhnlich geschieht, z. B. von Grolman, §. 25, Note 6, und von Henke, a. a. O. S. 207., auf die unter Beobachtung des gehörigen Maßes ausgeübte Nothwehr, welcher auch aus dem Grunde keine Nothwehr entgegengesetzt werden darf, weil sie gar keinen Angriff auf die Rechte des Anderen enthält, sondern glaube dieselbe auch auf den Exceß der Nothwehr ausdehnen zu müssen. Die Ueberschreitung der Gränzen der Nothwehr ist zwar keine rechtmäßige Handlung und auch nicht straflos, so wenig als der Angriff des einen Duellanten, gegen welchen der andere keine Nothwehr gebrauchen darf; allein der Exceß selbst ist doch durch die Schuld des zuerst Angreifenden entstanden, und die Ver-

Digitized by Google

Denn in allen diesen Fällen würde die Vertheidigung nicht für eine unverschuldete, inculpata tutela, angesehen werden können [1]).

Aus dieser Voraussetzung folgt ferner, daß die Nothwehr unter Beobachtung des gehörigen Maßes angewendet werden muß. Dieses Maß bestimmt sich durch den Zweck der Nothwehr, die drohende Gefahr von sich abzuwenden, und geht daher so weit, bis dieser Zweck erreicht worden ist. Wo die dem Angreifenden zugefügte Verletzung nicht das einzige Mittel war, diesen Zweck zu erreichen, ist dieses Maß überschritten, die Nothwehr selbst eine ver-

---

letzung, welche er zufügte, um sich dagegen zu vertheidigen, hätte von ihm dadurch vermieden werden können, daß er den ersten Angriff gar nicht unternommen hätte. Auch von demjenigen, der einem angedroheten Angriffe auf eine angemessene Art hätte ausweichen können, läßt sich, wenn er das nicht gethan hat, sagen, daß er denselben veranlaßt habe. Zwar kann Niemand verbunden sein, die Flucht zu ergreifen, oder seine Sachen im Stiche zu lassen, um einem Angriffe zu entgehen; aber auf der anderen Seite darf man auch die Gefahr nicht aufsuchen. Wer sich einem zornentbrannten Menschen in den Weg stellt, oder demselben zum Aerger handelt, indem er Handlungen vornimmt, deren Vornahme derselbe mit Gewaltmaßregeln bedroht hatte, ist selbst daran Schuld, wenn er dadurch in Gefahr kommt, und mithin nicht straflos, wenn er den Anderen verletzet, um diese Gefahr abzuwenden. Das ist der Sinn der in Art. 140 und 142. zur rechten Nothwehr gemachten Voraussetzung, daß der Benöthigte nicht ohne Gefahr seines Gutes oder guten Leumundes habe entweichen können. Ob bei Ausmessung der Strafe Rücksicht darauf zu nehmen sei, daß er die Verletzung zu seiner persönlichen Vertheidigung zufügte, ist eine andere Frage, welche nicht hierher gehört.

1) Ohne genügenden Grund behaupten Martin, §. 45. Note 9, und Wächter, §. 51. Note 8, daß Nichts darauf ankomme, ob der Angriff verschuldet war, oder nicht.

Digitized by Google

schuldete, und die zugefügte Verletzung eine rechtswidrige Handlung. Wo die Verletzung gar nicht in der Absicht zugefügt wurde, eine Gefahr von sich abzuwenden, kann überhaupt nicht mehr von Nothwehr die Rede sein. Daher ist keine Nothwehr begründet, wenn die Gefahr entweder noch nicht vorhanden, oder wenn sie bereits vorübergegangen war [1]). Ob wirklich Gefahr vorhanden gewesen sei, oder nicht, ist zwar an und für sich Sache des richterlichen Ermessens; aber dasselbe wird sich im einzelnen Falle darnach entscheiden müssen, ob von dem Bedroheten nach Lage der Sache Gefahr angenommen werden konnte. Daß derselbe mit seiner Nothwehr nicht schlechterdings zu warten brauche, bis er zuerst geschlagen werde, wird von der Carolina ausdrücklich anerkannt [2]), sowie auch zuverlässig ein Schlag, den man empfangen, auch wenn er für sich allein genommen für Leib oder Leben nicht gefährlich sein sollte, zur Nothwehr berechtigt, weil man nicht wissen kann, ob der Angreifende demselben nicht noch mehrere Schläge nachfolgen lassen werde [3]). In ähnlicher Weise kann Nothwehr

---

1) Nach vollendeter Verletzung ist keine Nothwehr, sondern nur Rache denkbar, welche immer unzulässig ist; c. 18. X. 5. 12. Das Recht, den fliehenden Dieb oder Räuber zu verfolgen, läßt sich nicht leugnen, weil dem Verletzten das Recht zusteht, sich wieder in den Besitz seiner Sache zu versetzen. Aber die Verfolgung zum Zwecke persönlicher Verletzung ist immer unstatthaft und deßwegen keine Nothwehr begründet, wenn sich der Verfolgte dagegen zur Wehre setzt. Nur derjenige, welcher Jemanden verhaften soll, ist zur Verfolgung berechtigt und darf dem Widerstande des zu Verhaftenden Gewalt entgegensetzen. P. G. O. Art. 142 und 150.

2) P. G. O. Art. 140.

3) Nur die Fälle, in welchen Jemand zu mäßigen Schlägen

Digitized by Google

bloß durch den Umstand begründet werden, daß man Jemanden bei nächtlicher Weile gefährlicher Weise in seinem Hause betrifft, indem hier die Nothwehr oft zu spät kommen würde, wenn man den Angriff des Eingedrungenen abwarten wollte. Zwar ist es nicht erlaubt, jeden bei Nachtzeit im Hause Betroffenen ohne Weiteres zu tödten, sondern nur, wenn er gefährlicher Weise darin betroffen wurde; allein das Dunkel und die Einsamkeit der Nacht können die Gefahr größer erscheinen lassen, als sie wirklich gewesen war, und stärkere Maßregeln räthlich machen, als in Wirklichkeit erforderlich sein mochten. In Berücksichtigung dieses Umstandes ist es wohl geschehen, daß in der Carolina dieser Fall nicht mit unter die eigentliche Nothwehr gestellt, und damit nicht genau den Bedingungen derselben unterworfen worden ist [1]).

Wenn bei Ausübung der Nothwehr ein Unschuldiger verletzt wird, weil der Streich fehl ging, welcher den Angreifenden treffen sollte, so ist zwar, wie die Carolina ausdrücklich anerkennt, diese Verletzung ebenfalls von peinlicher Strafe entschuldigt [2]); allein die Verletzung ist dennoch eine rechtswidrige Handlung, da der Verletzte durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten keines Rechtes verlustig geworden sein konnte [3]). Die Straflosigkeit dieser Verletzung muß daher auf einem anderen Grunde beruhen, als die der Nothwehr, welche aus dem Grunde straflos ist, weil sie keine rechtswidrige Handlung ist. Diese Ver-

---

berechtigt ist, wie Eltern gegen Kinder, Meister gegen Lehrlinge u. s. w., machen natürlich eine Ausnahme.

1) Art. 150. S. oben S. 474 und 475.

2) P. G. O. Art. 145.

3) l. 45. §. 4. D. 9. 2.

Digitized by Google

letzung ist vielmehr nur darum straflos, weil es bei ihr an einem anderen Merkmale des Thatbestandes mangelt, der verbrecherischen Willensbestimmung nämlich, welche zu dem Dasein jedes Verbrechens erforderlich ist [1]).

Dieses Merkmal muß aber dem früher angegebenen Plane zufolge in dem nächsten Capitel in Betrachtung gezogen werden.

---

1) S. oben S. 411. Note 1.

Digitized by Google

Drittes Capitel.

Von der verbrecherischen Willensbestimmung, oder von dolus und von culpa.

Wie schon früher gezeigt worden, ist das Verbrechen eine Verletzung des objectiven Rechtes oder des vernünftigen Gesammtwillens, nach welchem die Menschen im Staate ihre Handlungsweise einzurichten haben [1]). Jede Verletzung des objectiven Rechtes setzt voraus eine durch eine rechtswidrige Handlung hervorgebrachte äußere Erscheinung. Denn nur das in die äußere Erscheinung Getretene kann rechtlich von Bedeutung sein, und die Handlung, durch welche dasselbe hervorgebracht worden, könnte keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, wenn der Handelnde dazu berechtigt gewesen wäre [3]).

Aber nicht jede durch eine rechtswidrige Handlung hervorgebrachte Erscheinung ist eine Verletzung des objectiven Rechtes und mithin Verbrechen. Vielmehr gehört dazu noch das dritte Merkmal des verbrecherischen Thatbestandes, daß die Handlung mit verbrecherischer Willensbestimmung verübt worden sei.

---

1) S. oben S. 119 ff. S. 129.
2) S. oben S. 116.
3) S. oben S. 396.

Digitized by Google

Denn wie das objective Recht selbst Nichts Anderes ist, als der vernünftige Gesammtwille, nach welchem die Menschen im Staate ihre Handlungsweise bestimmen, so kann es auch nur durch einen demselben entgegengesetzten Willen verletzt werden. Nur auf den Willen des Menschen kann sich das objective Recht beziehen, wenn es ihm vorschreibt, keine Handlungen vorzunehmen, welche entweder den Rechten anderer Menschen, oder einem positiven Gebote oder Verbote zuwider laufen. Denn dem Menschen, als Vernunftwesen, welches mit freiem Willen zu handeln im Stande ist, kann für seine Handlungsweise nur in sofern eine Vorschrift gegeben werden, als durch dieselbe sein Wille bestimmt werden soll, der Vorschrift gemäß zu handeln. Nur durch seinen Willen ist es ihm möglich, die Vorschrift zu befolgen, und ebenso kann er nur durch seinen Willen derselben zuwider handeln. Unvernünftige Wesen können abgerichtet werden, daß sie sich so oder anders benehmen; aber bei einem Vernunftwesen kann es nur von seinem Willen erwartet werden, daß es eine bestimmte Vorschrift befolge.

Daher ist nur diejenige Handlung eine dem objectiven Rechte gemäße, welche aus einer mit demselben übereinstimmenden Willensbestimmung hervorgegangen ist. Ebenso ist nur diejenige Handlung ein Widerspruch gegen das objective Recht und eine Verletzung desselben, welcher eine dem vernünftigen Gesammtwillen widersprechende Willensbestimmung zu Grunde gelegen hatte. Die Willensbestimmung stimmt aber mit dem objectiven Rechte überein, wenn sie auf eine Handlung gerichtet ist, welche nach demselben begangen werden durfte. Dabei ist freilich möglich, daß die Erscheinung, zu welcher eine solche Handlung führt, sich äußerlich nicht von derjenigen unterscheidet, welche

Digitized by Google

durch eine, dem objectiven Rechte widersprechende Handlung hervorgebracht worden [1]); unmöglich aber ist jene Handlung selbst eine verbrecherische, weil durch sie keine Verletzung des objectiven Rechtes begangen sein kann. Im Widerspruche mit dem objectiven Rechte steht die Willensbestimmung, wenn sie auf eine Handlung gerichtet ist, welche nach demselben nicht begangen werden durfte. Dabei ist ebenfalls möglich, daß eine solche Handlung zu einer äußeren Erscheinung führt, wie sie auch durch eine dem objectiven Rechte gemäße Handlung hervorgebracht werden kann [2]); dennoch ist jene Handlung immer eine verbrecherische, weil ihr eine dem objectiven Rechte widersprechende Willensbestimmung zu Grunde gelegen hatte. Denn die äußere Erscheinung hat, wie früher gezeigt worden ist, immer nur die Bedeutung, als Beweismittel zu dienen, daß der Grund vorliege, aus welchem überhaupt eine Handlung für ein Verbrechen erklärt worden ist [3]). Der Beweis aber, der in der äußeren Erscheinung entweder für das Dasein oder für das Nichtdasein dieses Grundes liegt, kann aufgehoben werden durch einen Gegenbeweis, durch welchen dargethan wird, daß jener Grund nicht vorliege, wo er vorzuliegen schien, oder umgekehrt, daß er vorliege, wo er nicht vorzuliegen schien. Dieser Grund aber ist die Verletzung des objectiven Rechtes, welche in dem Verbrechen liegt, und diese kann nicht anders be-

---

1) Z. B. bei der Tödtung ist die äußere Erscheinung dieselbe, mag sie als wirkliches Verbrechen oder als rechte Nothwehr begangen worden sein.

2) Z. B. bei dem versuchten Verbrechen, welches noch zu gar keinem verletzenden Erfolge geführt hat.

3) S. oben S. 188.

Digitized by Google

gangen werden, als mit einer demselben entgegenstehenden Willensbestimmung.

Daraus ergiebt sich von selbst die allgemeine Natur der verbrecherischen Willensbestimmung, welche einen nothwendigen Bestandtheil des verbrecherischen Thatbestandes bildet. Denn diese verbrecherische Willensbestimmung kann Nichts Anderes sein, als die Entgegensetzung des individuellen Willens gegen den in dem objectiven Rechte enthaltenen vernünftigen Gesammtwillen. Daher müssen sich die Erfordernisse der verbrecherischen Willensbestimmung und die verschiedenen Modificationen, unter welchen dieselbe vorkommen kann, aus der Art und Weise ergeben, in welcher sich der individuelle Wille dem vernünftigen Gesammtwillen entgegenzusetzen im Stande ist.

Schon früher ist gezeigt worden, daß alle Verbrechen ohne Ausnahme eine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, und daß in Ansehung dieses nächsten Grundes, aus welchem sie Verbrechen sind, kein Unterschied zwischen ihnen obwaltet [1]). Es ist aber gleichfalls schon gezeigt worden, daß in Ansehung des entfernteren Grundes, aus welchem sie Verbrechen sind, des Grundes nämlich, aus welchem sie eine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, alle Verbrechen in zwei Classen unterschieden werden können. Durch die Verbrechen der einen Classe, welche Rechtsverbrechen genannt worden sind, wird das objective Recht verletzt, weil in ihnen die Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte enthalten ist [2]). Durch die Verbrechen der anderen Classe, welche durch den Ausdruck Gesetzesverbrechen bezeichnet worden sind, wird dasselbe verletzt, weil

1) S. oben S. 167.

2) S. oben S. 168 ff. S. 172.

Digitized by Google

durch sie einem positiven Gebote oder Verbote zuwider gehandelt wird [1]). Das objective Recht, welches durch die Rechtsverbrechen verletzt wird, lautet, daß Niemand den Anderen in seinen Rechten verletzen dürfe. Das objective Recht, welches durch die Gesetzesverbrechen verletzt wird, lautet, daß Niemand die in dem Gebote oder Verbote bezeichnete Handlung vornehmen oder unterlassen dürfe [2]). Es ist also der verschiedene Inhalt des objectiven Rechtes, worauf der Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen beruht. Bei beiden Classen der Verbrechen kann zwar die verbrecherische Willensbestimmung im Allgemeinen nur darin bestehen, daß der Wille auf eine Handlung gerichtet war, welche entweder nach der einen oder nach der anderen Vorschrift des objectiven Rechtes nicht begangen werden durfte. Allein weil der Inhalt der Vorschrift, welche durch das Verbrechen der einen oder der anderen Art verletzt wird, bei beiden ein verschiedener ist, so wird auch die verbrecherische Willensbestimmung, oder die Entgegensetzung des individuellen Willens gegen die allgemeine Vorschrift bei den Rechtsverbrechen eine andere sein müssen, als bei den Gesetzesverbrechen. Daher wird in dem Folgenden bei der Entwickelung der verbrecherischen Willensbestimmung im Einzelnen der Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen beobachtet werden müssen. Zuerst mag von der zu den Rechtsverbrechen und darauf von der zu den Gesetzesverbrechen erforderlichen verbrecherischen Willensbestimmung die Rede sein.

Das objective Recht, welches durch die Rechtsverbrechen verletzt wird, kann sich nur auf den Willen der

1) S. oben S. 169 und 170.
2) S. oben S. 172 und 173.

Menschen beziehen, und folglich die demselben gegenüberstehende Verpflichtung nur darin bestehen, keine Handlungen vorzunehmen mit dem Willen, die Rechte anderer Menschen dadurch zu verletzen. Die mit diesem Willen unternommene Handlung wird daher eine Verletzung dieser Verpflichtung und mithin des objectiven Rechtes sein, selbst wenn das Recht eines Anderen nicht wirklich durch dieselbe verletzt worden sein sollte. Die ohne diesen Willen unternommene Handlung kann das objective Recht nicht verletzen, auch wenn das Recht eines Anderen durch dieselbe wirklich verletzt worden sein sollte. Aber gleichwohl ist diese Handlung eine rechtswidrige Handlung. Denn wenn das objective Recht die mit Willen begangene Verletzung von eines Anderen Rechten verbietet und damit anerkennt, daß derselbe überhaupt Rechte habe, so folgt daraus von selbst, daß jede Handlung, welche diese Rechte verletzt, eine rechtswidrige sein muß. Denn das Recht des Anderen wäre in der That gar kein Recht, wenn die Handlung, welche dasselbe verletzt, keine rechtswidrige Handlung wäre, oder wenn ihm nicht die Pflicht gegenüberstände, dasselbe nicht zu verletzen. Darum entspringt aus der dem objectiven Rechte gegenüberstehenden Pflicht, das Recht des Anderen nicht mit Willen zu verletzen, die allgemeine Pflicht, jede rechtsverletzende Handlung zu unterlassen. Aber diese Pflicht, welche dem subjectiven Rechte des Anderen gegenübersteht, ist eine andere, als die dem objectiven Rechte gegenüberstehende Verpflichtung. Jene wird verletzt durch jede Handlung, durch welche das Recht eines Anderen wirklich verletzt wird, diese kann nicht anders verletzt werden, als durch eine, mit dem Willen, dasselbe zu verletzen, unternommene Handlung. Der dem subjectiven Rechte gegenüberstehenden Verpflichtung kann zuwider

Digitized by Google

gehandelt werden, ohne daß das objective Recht verletzt wird; die Verpflichtung, welche diesem gegenübersteht, kann verletzt werden, ohne daß eine Verletzung des subjectiven Rechtes begangen wird. Jede Handlung, durch welche der einen oder anderen Verpflichtung zuwider gehandelt wird, ist eine rechtswidrige Handlung. Aber nur die Verletzung der dem objectiven Rechte gegenüberstehenden Verpflichtung kann eine Verletzung von diesem selbst enthalten.

Darnach muß bei den Rechtsverbrechen die verbrecherische Willensbestimmung in dem Willen bestehen, die Rechte anderer Menschen zu verletzen, und ohne diesen Willen kann von einem Rechtsverbrechen niemals die Rede sein. Es wird sich aber sogleich zeigen, daß die angegebene Definition der verbrecherischen Willensbestimmung noch zu allgemein gefaßt ist, und ein Merkmal unberücksichtigt läßt, welches nothwendig in ihr enthalten sein muß. Die angegebene Definition würde nur unter der Voraussetzung vollständig sein, daß die dem objectiven Rechte gegenüberstehende Verpflichtung sich schlechterdings und ohne alle Ausnahme auf die mit Willen begangene Verletzung von eines Anderen Rechten bezöge. Wenn aber dasselbe, wie es in der That der Fall ist, unter gewissen Voraussetzungen die Verletzung von eines Anderen Rechten gestattet, so ist offenbar in einer mit Willen begangenen Rechtsverletzung keine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten, wenn dieselbe unter diesen Voraussetzungen begangen worden war.

Auf den ersten Anblick scheint es ein Widerspruch zu sein, daß das objective Recht unter gewissen Voraussetzungen die Verletzung von eines Anderen Rechten gestatten könne. Denn jede rechtsverletzende Handlung ist nothwendig eine rechtswidrige Handlung, und diese, scheint es,

Digitized by Google

kann von dem objectiven Rechte niemals gestattet sein, da der Mensch ohne Zweifel verpflichtet ist, jede rechtswidrige Handlung zu unterlassen, und da es gerade das objective Recht ist, durch welches ihm diese Verpflichtung auferlegt wird. Allein der Widerspruch ist doch nur ein scheinbarer. Denn die durch das objective Recht ihm auferlegte Pflicht, jede rechtsverletzende Handlung zu unterlassen, bezieht sich nur auf die subjectiven Rechte anderer Menschen, und diesen gegenüber kann er allerdings nicht verpflichtet sein, eine Handlung zu unterlassen und auf der anderen Seite zugleich berechtigt, dieselbe zu begehen. Allein diese Pflicht fällt, wie bemerkt worden ist, mit der dem objectiven Rechte gegenüberstehenden Verpflichtung keines Weges in Eins zusammen, so daß eine Verletzung von jener nicht nothwendig eine Verletzung von dieser zu enthalten braucht.

Daraus folgt aber, daß das objective Recht allerdings, ohne in einen Widerspruch zu gerathen, die Verletzung von eines Anderen Rechten gestatten könne. Dem subjectiven Rechte des Verletzten gegenüber bleibt zwar die Handlung dessenungeachtet rechtswidrig, da das objective Recht nicht erklären könnte, daß Jemand das Recht habe, das Recht eines Anderen zu verletzen, ohne damit dieses Recht selbst aufzuheben. Und alsdann würde die Handlung natürlich keine rechtsverletzende mehr genannt werden können. Allein dem objectiven Rechte gegenüber kann die Handlung nicht rechtswidrig sein, wenn dieses ausdrücklich gestattet, dieselbe zu begehen. Daher kann in einem solchen Falle die Handlung nur die Folgen nach sich ziehen, welche durch die Verletzung des subjectiven Rechtes begründet werden, und diese Folgen können nur darin bestehen, daß dem Verletzten Entschädigung gegeben werden muß. Aber wegen der mangelnden Verletzung des objectiven

Digitized by Google

Rechtes kann die Handlung keine verbrecherische sein, welche mit Strafe belegt werden könnte.

Eine Verletzung des objectiven Rechtes durch die mit Willen unternommene Rechtsverletzung kann daher nur in sofern begangen werden, als es von demselben nicht gestattet war, das Recht eines Anderen mit Willen zu verletzen. Umgekehrt aber muß jede von dem objectiven Rechte nicht gestattete, mit Willen unternommene Rechtsverletzung eine Verletzung des objectiven Rechtes enthalten. Daher muß, damit die Definition der zu den Rechtsverbrechen erforderlichen verbrecherischen Willensbestimmung vollständig sei, in dieselbe noch das Merkmal aufgenommen werden, daß der Wille auf eine von dem objectiven Rechte nicht gestattete Rechtsverletzung gerichtet gewesen sei. Denn das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung muß immer ausgeschlossen sein, wenn der Wille auf eine Handlung gerichtet war, welche dem objectiven Rechte zufolge begangen werden durfte.

Daher kann der Umfang der rechtswidrigen Handlungen, durch welche das objective Recht verletzt wird, sowohl in positiver, als auch in negativer Weise bestimmt werden. Jede mit Willen unternommene Rechtsverletzung, welche das objective Recht nicht gestattet, ist eine Verletzung desselben und mithin Verbrechen. Umgekehrt kann keine mit Willen unternommene Rechtsverletzung, welche das objective Recht gestattet, eine Verletzung desselben enthalten. Um deßwegen nicht mit Willen unternommene Rechtsverletzungen, welche gar nicht objectiv rechtswidrig sind, für Verbrechen zu halten, ist es vor Allem nothwendig, die Fälle zu entwickeln, in welchen das objective Recht die Rechte eines Anderen zu verletzen gestattet.

Das allgemeine Princip, nach welchem es gestattet

Digitized by Google

sein muß, das Recht eines Anderen zu verletzen, läßt sich schon von vorn herein aus dem objectiven Rechte entwickeln. So oft nämlich das objective Recht in Widerspruch mit sich selbst gerathen würde, wenn es die Verletzung nicht gestattete, muß es dieselbe in der That gestatten. Ein solcher Widerspruch würde aber vorhanden sein, wenn das Verbot der Verletzung zu einer Consequenz führen würde, welche vor dem objectiven Rechte nicht bestehen könnte. Daraus ergeben sich zwei Fälle, in welchen die Verletzung von eines Anderen Rechten gestattet sein muß. Der eine dieser Fälle betrifft die Erhaltung des subjectiven Rechtes, der andere die des objectiven Rechtes. Diese beiden Fälle, welche auch das positive Recht anerkennt, sind der Fall eines Nothstandes, in welchem die Verletzung eines Anderen in seinen Rechten das einzige Mittel ist, sich in dem eigenen Rechte unverletzt zu erhalten [1]), und der Fall eines gesetzlich verbindlichen Befehles, in welchem dem Handelnden durch das objective Recht selbst die Pflicht auferlegt wurde, die Handlung zu begehen, durch welche das Recht eines Anderen verletzt wurde [2]).

---

1) Noth hat kein Gebot. C. 11. dist. I de consecrat. „Necessitas legem non habet.“ C. 4. X. 5. 41. „Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum.“ C. 3. X. 5. 18. „Si quis propter necessitatem famis vel nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus: poeniteat hebdomades tres et si reddiderit, non cogatur jejunare.“ P. O. G. Art. 166 und 175.

2) L. 37. pr. D. 9. 2. „Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.“ L. 167. §. 1. D. 50. 17. „Qui jussu judicis aliquid fecit, non videtur dolo malo facere, qui

Das objective Recht kann, ohne sich selbst zu widersprechen, keinem Berechtigten die Verbindlichkeit auferlegen, einen Verlust seines Rechtes zu erleiden. Denn es folgt unmittelbar aus dem Begriffe des Rechtes, daß der Berechtigte befugt ist, sich in demselben unverletzt zu erhalten. Das objective Recht kann zwar unter gewissen Voraussetzungen den Menschen seiner Rechte verlustig erklären; aber alsdann verliert er in der That seine Rechte durch seine eigene Handlung, indem er sich nämlich in den Fall begeben hatte, an welchen der Verlust derselben als Folge gebunden worden war. Durch Gewalt und Uebermacht, entweder von der Natur oder von anderen Menschen herkommend, kann zwar der Mensch in seinen Rechten bedroht und verletzt werden; aber er kann dem objectiven Rechte gegenüber nicht verbunden sein, sich derselben zu unterwerfen. Daraus folgt, daß der Mensch dem objectiven Rechte gegenüber berechtigt sein muß, einen Anderen zu verletzen, wenn er außerdem selbst in einem Rechte verletzt worden sein würde, oder wenn die Verletzung des Anderen das einzige Mittel gewesen sein würde, sich selbst unverletzt zu erhalten [1]).

---

parere necesse habet." L. 169. pr. eod. „Is damnum dat, qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit." C. 13. Caus. 23. qu. 5. „Miles cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii: imo nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contemti. Quodsi sua sponte atque auctoritate fecisset, in crimen effusi humani sanguinis incidisset."

1) Der Fall des Nothstandes unterscheidet sich von dem der Nothwehr dadurch, daß in diesem gar kein Recht verletzt wird, weil sich der Nöthigende durch den ungerechten Angriff seiner

Digitized by Google

In derselben Weise kann die Verletzung von eines Anderen Rechten nicht verboten sein, wenn dieselbe noth-

---

Rechte soweit verlustig macht, als die Verletzung derselben für den Angegriffenen das einzige Mittel der Vertheidigung ist, während dagegen in jenem eine wahre Rechtsverletzung vorliegt, da der Eine durch die Noth des Anderen sein Recht natürlicher Weise nicht verlieren kann. Im Uebrigen aber gelten für die im Nothstande zugefügte Verletzung dieselben Grundsätze, als für die Nothwehr. Die Verletzung im Nothstande ist nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß sie einziges Mittel ist zur Erhaltung des eigenen Rechtes, und das kann nur in Ansehung der ihrer Natur nach unersetzbaren Rechte der Fall sein. Zwar sind Fälle denkbar, daß Jemand der Gefahr, ein Vermögensrecht zu verlieren, für dessen Verlust er keinen Entschädigungsanspruch hat, dadurch entgehen kann, daß er einem Anderen eine Verletzung zufügt, indem er z. B. seine in einem überladenen Kahne befindlichen Güter dadurch retten kann, daß er einen Anderen über Bord wirft. Allein seiner Natur nach ist jedes Vermögensrecht ersetzbar, und es kann immer nur ein zufälliger Umstand sein, wenn im einzelnen Falle kein Ersatz dafür zu erhalten ist. Durch diesen Umstand aber, der im Augenblicke nicht ein Mal mit Sicherheit zu ermitteln ist, kann Niemand berechtigt werden, sich an dem Leben des Anderen zu vergreifen. S. oben S. 482 f. Dagegen hat man das Recht, das Leben des Anderen zum Opfer zu bringen, wenn es das einzige Mittel ist, das eigene Leben zu erhalten, obgleich natürlich, weil man dieses Recht nur dem objectiven Rechte gegenüber hat, der Andere nicht verbunden ist, sich dieser Maßregel ruhig zu unterwerfen. Auch muß der Nothstand ein unverschuldeter sein, um die in demselben zugefügte Verletzung zu rechtfertigen, weil es sonst ein besseres Mittel gewesen sein würde, das eigene Recht zu erhalten, sich gar nicht in denselben begeben zu haben. S. oben S. 495 und die Litteratur über diese Frage bei Wächter, §. 55. Nr. 3. Daß man berechtigt sei, fremde Vermögensrechte zum Opfer zu bringen, um die eigenen zu erhalten, ist nicht in dieser Allgemeinheit, sondern nur so weit gesetzlich begründet, daß man zur Abwendung

Digitized by Google

wendig ist zur eigenen Aufrechterhaltung des objectiven Rechtes. Denn das objective Recht würde sich selbst auf-

---

einer gemeinsamen Gefahr fremde Sachen, die auch in Gefahr sind, preisgeben oder zerstören dürfe. Wenn dabei der Fall so steht, daß die fremde Sache auf jeden Fall, auch ohne die menschliche Handlung verloren gewesen sein würde, so ist weder die Handlung selbst eine Rechtsverletzung, noch der Wille auf eine solche gerichtet, so daß z. B., wer bei einer Feuersbrunst das Haus des Nachbars einreißt, welches außerdem auch abgebrannt sein würde, nicht ein Mal zur Entschädigung verpflichtet ist. L. 49. §. 1. D. 9. 2. L. 3. §. 7. D. 47. 9. Wenn dagegen der Fall so steht, daß zwar ohne die Vernichtung der Sachen des Einen auch die Sachen des Anderen verloren gewesen wären, daß aber die Sachen von diesem hätten erhalten werden können, wenn jener die seinigen preisgegeben hätte, so kann die Vernichtung der Sachen des Einen ebenfalls nicht als Rechtsverletzung angesehen werden, sondern nur als Abwendung und Theilung des sonst Beiden bevorstehenden gänzlichen Verlustes. Daher hat nach der lex Rhodia de jactu der Eigenthümer der über Bord geworfenen Sachen einen Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz gegen den Eigenthümer der geretteten Sachen. L. 1. D. 14. 2. Daß man dagegen das Recht hätte, die Sachen eines Anderen, die gar nicht in Gefahr sind, preiszugeben, bloß um die eigenen Sachen zu retten, ist ungegründet. Daher ist wohl nicht ganz richtig, oder wenigstens nicht bestimmt genug ausgedrückt, was Wächter §. 56. vorträgt. — Seinem natürlichen Entstehungsgrunde nach kann das Nothrecht nur zustehen zur eigenen Erhaltung. Denn wenn zwischen den Rechten zweier Menschen ein solcher Collisionsfall Statt findet, daß die Erhaltung des Einen nicht möglich ist ohne die Verletzung des Anderen, so kann einem Dritten nicht die Entscheidung zustehen, wer geopfert werden solle. Nur bei der Hungersnoth, die durch einen Diebstahl abgewendet werden kann, macht die P. G. O. Art. 166. eine billige Ausnahme, die aber aus rationellen Gründen wohl nicht auf die daselbst genannten Personen beschränkt werden kann. Vgl. darüber Wächter, §. 55. Nr. 2.

Digitized by Google

heben, wenn unter dieser Voraussetzung die Verletzung nicht gestattet wäre. Diese Nothwendigkeit ist aber vorhanden, wenn das objective Recht gebietet, die Handlung zu begehen, durch welche die Rechte eines Anderen verletzt werden. Denn das objective Recht kann nicht zu gleicher Zeit dieselbe Handlung gebieten und verbieten. Daher kann eine Handlung dem objectiven Rechte gegenüber nicht rechtswidrig sein, wenn sie nach einem in demselben enthaltenen Gebote begangen werden mußte. Dieses Gebot aber ist für den Handelnden vorhanden, wenn er zu der Handlung einen Befehl erhält, dem er nach dem objectiven Rechte Gehorsam zu leisten verbunden ist. Denn in sofern er durch dasselbe die Pflicht hat, dem Befehle Folge zu leisten, kann die Verantwortlichkeit für den Erfolg, den die Handlung gehabt, nicht ihm, sondern nur dem Befehlenden selbst zur Last fallen [1]).

---

1) Das kann nur vorkommen bei dem Subordinationsverhältnisse derer, welche mit Ausübung der öffentlichen Gewalt bekleidet sind, und nur für die Fälle, auf welche sich das Subordinationsverhältniß erstreckt. Denn daß in den Verhältnissen des Staatsdienstes dem befehlenden Beamten von dem untergeordneten gehorcht werden muß, hat seinen Grund nicht darin, daß der Befehl der individuelle Wille von jenem ist, sondern in dem objectiven Rechte, welches für dieses Verhältniß das Dienstgesetz ist, und ihm vorschreibt, die Befehle, welche die vorgesetzte Behörde, als solche, erläßt, in Ausführung zu bringen. Der Befehl muß dabei dem Gehorchenden als das Gesetz selbst erscheinen, wozu schlechterdings nothwendig ist, daß er in bestimmter Form erlassen worden sei. In allen anderen Fällen dagegen, in welchen der Befehl nur als individueller Wille erscheint, darf demselben nur so weit gehorcht werden, als er dem objectiven Rechte gemäß ist. Nur so weit gilt die Regel in l. 4. D. 50. 17: „Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini.“ Daher

Daß Rechtsverletzungen, welche entweder im Nothstande zugefügt sind, oder in Folge eines gesetzlich verbindlichen Befehles, keine verbrecherischen Handlungen seien, wird von den Rechtslehrern einstimmig anerkannt. Aber der Grund, aus welchem in diesen Fällen das Dasein des Verbrechens ausgeschlossen sei, wird von ihnen abweichend angegeben. Wächter behauptet, daß im Nothstande gar kein Rechtsverhältniß vorhanden sei, so daß in demselben auch keine Verletzung einer Rechtspflicht begangen werden könne [1]). Allein die Annahme eines gänzlich aufgehobenen Rechtsverhältnisses scheint dem Begriffe und dem Wesen des Rechtes selbst zu widerstreiten. Vielmehr muß das Rechtsverhältniß, da das Recht selbst seine Quelle unmittelbar und nothwendig in der menschlichen Vernunft hat, unter allen Umständen zwischen Vernunftwesen bestehen. Auch ist nicht einzusehen, wie der Eine dazu komme, sein subjectives Recht bloß aus dem Grunde für aufgehoben ansehen zu müssen, weil ein Anderer in dringender Gefahr ist, das seinige zu verlieren [2]). Dem subjectiven Rechte des Verletzten gegenüber ist vielmehr die im Nothstande zugefügte Verletzung immer rechtswidrig, so daß er nach erlittener Verletzung nicht allein Entschädigung verlangen, sondern auch Vertheidigung gebrauchen darf, um die Verletzung selbst von sich abzuwenden. Ge-

---

können sich Haussöhne und Sclaven wegen eines begangenen Verbrechens nicht durch Berufung auf Befehl entschuldigen. L. 157. pr. D. eod. Indessen kann der Befehl unter Umständen einen Strafmilderungsgrund abgeben. Vgl. darüber Wächter, §. 60 und 68. Vgl. überhaupt über diese ganze Materie Abegg, Untersuchungen, S. 90—106.

1) Lehrbuch §. 55 vergl. mit §. 49.

2) S. auch oben S. 411. Note 1.

Digitized by Google

wöhnlich stellen die Rechtslehrer den Nothstand unter die Gründe der Zurechnungslosigkeit, weil durch denselben die Selbstthätigkeit des Willens oder die Wirksamkeit der Vernunft aufgehoben werde [1]). Ueber die Unrichtigkeit dieser Stellung braucht aber bloß auf die Gründe verwiesen zu werden, welche oben gegen die hergebrachte Ansicht, nach welcher durch vis absoluta die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, entwickelt worden sind [2]). Die Zurechnung fällt allerdings hinweg, wenn Jemand in wirklichem Nothstande eine rechtsverletzende Handlung begangen hat; aber nicht, weil er nicht in zurechnungsfähigem Zustande gewesen, sondern weil er gar kein Verbrechen begangen hat und mithin Nichts vorliegt, was zugerechnet werden könnte [3]). Auch ist es factisch unwahr, daß nicht mit freiem Willen handle, wer einen Anderen verletzt, um sich selbst zu erhalten, da man zur Erreichung eines bestimmten Zweckes nicht anders, als mit freier Willensbestimmung zu handeln im Stande ist. Es ist nur die

1) Z. B. Martin, §. 40. Heffter, §. 57. Zum Theil thut dieses auch Wächter, indem er §. 68. die s. g. compulsive Gewalt, d. h. den Fall, da Jemand unter dem Einflusse von Drohungen mit Willen eine rechtsverletzende Handlung begeht, zu den Gründen rechnet, durch welche die Zurechenbarkeit der That ausgeschlossen werde. Denn die compulsive Gewalt begründet in der That einen Nothstand, wornach sich auch leicht entscheidet, welchen Drohungen die Wirkung, die That als nicht verbrecherisch erscheinen zu lassen, zuzuschreiben sei. S. Grolman, §. 41. Note a.

2) S. oben S. 206 ff.

3) Bei vis absoluta fällt die Zurechnung hinweg, weil dabei von gar keiner Handlung die Rede sein kann; bei vis compulsiva, weil zwar eine Handlung vorliegt, aber keine mit verbrecherischer Willensbestimmung begangene.

Digitized by Google

Frage, ob diese Willensbestimmung dem objectiven Rechte widerspreche, und das kann in Beziehung auf eine von demselben gestattete Handlung nicht der Fall sein.

Den verbindlichen Befehl rechnet Heffter gleichfalls unter die Gründe, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde [1]). Es läßt sich aber gewiß nicht behaupten, daß die Beamten, so weit sie auf verbindlichen Befehl ihrer Vorgesetzten handeln, unzurechnungsfähig seien. Der Beamte wäre dadurch als solcher der wesentlichen Eigenschaft entkleidet, welche den Menschen vom Thiere unterscheidet. Martin stellt den verbindlichen Befehl unter die Fälle, in welchen verbrecherisches Thun oder Unterlassen ausnahmsweise völlig rechtmäßig sei [2]). Unverkennbar ist aber darin ein innerer Widerspruch enthalten, da das völlig-Rechtmäßige unter keiner Bedingung verbrecherisch sein kann. Wächter [3]) und Abegg [4]) zählen den verbindlichen Befehl zu den Gründen, durch welche die Rechtswidrigkeit der Handlung aufgehoben werde. Und in Beziehung auf die dem objectiven Rechte gegenüberstehende Rechtswidrigkeit ist diese Stellung auch entschieden die richtige. Aber dem subjectiven Rechte des Verletzten gegenüber ist die Handlung gleichwohl eine Rechtsverletzung, gegen welche ihm Entschädigung geleistet werden muß, da der Verletzte durch jenen Befehl unmöglich seines Rechtes verlustig werden konnte [5]).

Es wird sich aber zeigen, daß es keines Weges gleich-

---

1) Lehrbuch, §. 57.
2) Lehrbuch, §. 44.
3) Lehrbuch, §. 60.
4) Lehrbuch, §. 105.
5) S. oben S. 411. Note 1.

Digitized by Google

gültig ist, aus welchem Grunde man es herleitet, daß durch die im Nothstande oder auf Befehl begangene Handlung kein Verbrechen begangen werde.

Nach dem Bisherigen besteht bei den Rechtsverbrechen die verbrecherische Willensbestimmung in dem Willen, eine von dem objectiven Rechte nicht gestattete Rechtsverletzung zu begehen. Durch die mit dieser Willensbestimmung unternommene Handlung wird eine Verletzung des objectiven Rechtes begangen, und gerade darin besteht der Character des Verbrechens.

Dabei entsteht zuvörderst die Frage, ob in dieser Willensbestimmung nothwendig das Bewußtsein enthalten sei, daß die unternommene Rechtsverletzung dem objectiven Rechte widerspreche, oder mit anderen Worten, ob das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ausgeschlossen werde durch den Umstand, daß der Handelnde in der Meinung stand, die von ihm unternommene Rechtsverletzung sei von dem objectiven Rechte gestattet. In dieser Beziehung wird von den Rechtslehrern wohl einstimmig behauptet, daß zu dem dolus, welcher, wie nachher gezeigt werden wird, die eine Hauptart der verbrecherischen Willensbestimmung ist, das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit, oder der Strafgesetzwidrigkeit, oder der Strafbarkeit gehöre [1]). Allein diese Behauptung kann in keiner Weise als richtig zugestanden werden.

Daß die Kenntniß oder das Bewußtsein des Strafgesetzes oder der Strafbarkeit kein Bestandtheil der verbrecherischen Willensbestimmung sein könne, ist schon oben nachgewiesen worden [2]). Denn nur die mit verbrecherischer

1) Vgl. die oben S. 94. Note 1 gegebenen Citate.

2) S. oben S. 99.

Digitized by Google

Willensbestimmung verübte Handlung fällt unter das Strafgesetz, sowie die dadurch begangene Verletzung des objectiven Rechtes der einzige Grund ist, aus welchem überhaupt das Strafgesetz erlassen worden ist. Daraus folgt nothwendig, daß die verbrecherische Willensbestimmung, wegen welcher und gegen welche das Strafgesetz erlassen worden, und welche mithin der Zeit nach eher vorhanden gewesen ist, als das Strafgesetz, sich ihrem Begriffe nach nicht mit auf dieses erstecken kann. Auch ist schon gezeigt worden, wie diese Lehre dem positiven Rechte widerspreche, und zu welchen ungegründeten Fictionen und Präsumtionen die Rechtslehrer ihre Zuflucht nehmen, um sie mit demselben und mit dem Bedürfnisse der practischen Rechtspflege in nothdürftige Uebereinstimmung zu bringen [1]).

Es folgt ferner daraus, daß das Strafgesetz nicht in Eins zusammenfalle mit dem objectiven Rechte, oder dem Gesetze, gegen dessen Verletzung es erlassen worden ist. Das Strafgesetz hat vielmehr jenes objective Recht zu seiner nothwendigen Voraussetzung, weil es außerdem ohne allen Grund erlassen worden sein würde. Und auch in Beziehung auf dieses Gesetz, welches durch das Verbrechen verletzt wird, kann das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit nicht als Bestandtheil der verbrecherischen Willensbestimmung angesehen werden.

Es folgt dieses einfach daraus, daß es gerade die verbrecherische Willensbestimmung ist, wodurch die Verletzung dieses objectiven Rechtes oder dieses Gesetzes begangen wird. Der Inhalt desselben ist kein anderer, als daß Niemand, so weit es nicht gestattet, eine rechtsverletzende Handlung unternehmen dürfe. Dieses Gesetz kann

1) S. oben S. 95 f.

Digitized by Google

zwar, weil es sich nur auf den Willen der Menschen bezieht, nicht anders, als mit Willen verletzt werden, so daß die ohne den Willen der Rechtsverletzung begangene Handlung keine Verletzung desselben sein kann; allein auf der anderen Seite ist auch zu seiner Verletzung Nichts weiter erforderlich, als der Wille, die nicht gestattete rechtsverletzende Handlung zu begehen. Durch den Umstand, daß Jemand die Rechtsverletzung, welche er hervorbringen wollte, für eine von dem objectiven Rechte gestattete hielt, während sie in der That von demselben nicht gestattet war, wird nicht aufgehoben, daß sie nicht gestattet war, sowie auch ungeachtet dieses Umstandes sein Wille darin besteht, die von dem objectiven Rechte nicht gestattete rechtsverletzende Handlung zu begehen. Und dieser Wille ist gerade der Gegensatz von dem in dem objectiven Rechte enthaltenen vernünftigen Gesammtwillen, nach welchem die rechtsverletzende Handlung nicht begangen werden soll. In diesem Gegensatze aber besteht, wie gezeigt worden ist, bei den Rechtsverbrechen die verbrecherische Willensbestimmung.

In den meisten Fällen wird freilich mit dem Willen, das Recht eines Anderen zu verletzen, das Bewußtsein zusammentreffen, daß dem objectiven Rechte dadurch zuwider gehandelt werde. Denn das Verbotensein der rechtsverletzenden Handlungen drängt sich dem natürlichen Rechtsgefühle zu unmittelbar auf, als daß nicht mit dem Willen der Rechtsverletzung meistens das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit verbunden sein sollte. Aber man darf sich dadurch nicht verleiten lassen, das Bewußtsein dieses Verbotenseins für einen integrirenden Bestandtheil der verbrecherischen Willensbestimmung zu halten. Denn es bedarf zur Entgegensetzung des individuellen Willens gegen den in dem objectiven Rechte ausgesprochenen vernünftigen Gesammt-

Digitized by Google

willen Nichts Weiteren, als der Willensbestimmung, die Handlung zu begehen, welche nach demselben nicht begangen werden sollte, so daß das damit verbundene Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit nur als ein zufälliger außerwesentlicher Umstand angesehen werden kann. Auch sind die Fälle wohl denkbar, da Jemand eine Handlung begeht, zwar mit dem Willen, das Recht eines Anderen dadurch zu verletzen, aber in der Meinung, daß er damit keinem Gesetze zuwider handle, oder daß er durch ein Gesetz zu der Rechtsverletzung befugt sei. Es kann Jemand der Meinung sein, daß sich das Recht des Nothstandes so weit erstrecke, einen Anderen in seiner persönlichen Integrität zu verletzen, um sich in den eigenen Vermögensrechten unverletzt zu erhalten [1]; er kann glauben, daß er verbunden gewesen sei, einem Befehle zu gehorchen, dem er in der That keinen Gehorsam leisten durfte [2]; er kann durch die

1) Geradezu unglaublich würde ein solches Vorgeben nicht sein, da sogar viele Juristen der Ansicht sind, daß das Recht der Nothwehr auch zum Schutze bloßer Vermögensrechte zustehe.

2) Daß durch die Vollziehung eines nicht verbindlichen Befehles der dolus nicht aufgehoben werde, wird von den Römern ausdrücklich anerkannt. L. 10. D. 45. 1: „Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare, quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet.“ L. 8. pr. C. 9. 12: „Servos qui fecisse violentiam confessionibus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est, secundum legem Juliam dominum infamem pronuntiatum, loci atque originis propriae dignitate non uti: servos vero, quos furoribus talibus pa-

Digitized by Google

beabsichtigte Rechtsverletzung untadelhafte und edle Zwecke verfolgen wollen; dennoch steht sein Wille im Widerspruche mit dem objectiven Rechte, indem er sich zu einer Handlung bestimmte, welche nach demselben nicht begangen werden durfte. Daher ist derselbe die verbrecherische Willensbestimmung, obgleich es an dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit mangelt.

Darnach ist ignorantia und error juris sowohl in Beziehung auf das Strafgesetz, als auch auf das Gesetz, gegen dessen Verletzung das Strafgesetz erlassen ist, für das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ohne alle Bedeutung. Die Rechtslehrer stimmen damit in sofern überein, als sie der Regel nach die Berufung auf Irrthum oder Unwissenheit in Beziehung auf die Gesetzwidrigkeit der Handlung nicht zulassen, sondern dieselbe nur alsdann berücksichtigen wollen, wenn die Unkenntniß eine unverschuldete oder unüberwindliche gewesen [1]). Damit steht freilich kaum in Uebereinstimmung, daß sie zum Dasein des dolus das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit erfordern. Denn wenn ohne dieses Bewußtsein kein dolus möglich ist, so muß dieser durch Irrthum und Unwissenheit in Beziehung auf die Gesetzwidrigkeit immer ausgeschlossen sein, weil dabei jenes Bewußtsein nicht Statt finden kann. Und alsdann würde die Berufung auf error und ignorantia juris in der erwähnten Beziehung doch nicht unberücksichtigt blei-

---

ruisse constiterit, metallo post sententiam dedi.“ Zwar wird in dem Verhältnisse des Sclaven zum Herrn ein Strafmilderungsgrund anerkannt; allein doch angenommen, daß der Sclave auf Befehl einen Diebstahl oder ein crimen vis begehen könne, was nicht ohne dolus möglich ist.

1) Z. B. Martin, §. 40. Wächter, §. 73. Heffter, §. 54 und 65.

Digitized by Google

ben können. Aber die Rechtslehrer faſſen, ungeachtet ſie das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit zum dolus erfordern, Irrthum und Unwiſſenheit in Beziehung auf dieſelbe meiſten Theils gar nicht als Grund auf, durch welchen der dolus ausgeſchloſſen werde, ſondern nur in der Bedeutung, daß die Zurechnungsfähigkeit dadurch aufgehoben werde. Indem ſie das aber nur unter der Vorausſetzung thun, daß der error juris unüberwindlich oder unverſchuldet geweſen, können ſie den Widerſpruch nicht vermeiden, zwiſchen verſchuldeter und unverſchuldeter Zurechnungsunfähigkeit zu unterſcheiden und nur der letzteren Strafloſigkeit zuzugeſtehen. So lange es aber gewiß bleibt, daß gegen einen Unzurechnungsfähigen keine Strafe verhängt werden kann, darf auch nicht zwiſchen verſchuldeter und nicht verſchuldeter Zurechnungsunfähigkeit unterſchieden werden. Iſt error juris in Beziehung auf die Geſetzwidrigkeit der Handlung wirklich ein Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit, ſo muß derſelbe unter allen Umſtänden, er mag verſchuldet ſein, oder nicht, von Strafe befreien. Kann demſelben aber dieſer Einfluß nicht zugeſchrieben werden, ſo kann er auch nicht für einen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit gelten [1]). Es würde aber nicht allein der Natur der Sache und dem poſitiven Rechte, ſondern auch der übereinſtimmenden Lehre der Rechtslehrer widerſtreiten, dem error juris dieſen Einfluß zuzugeſtehen.

Um ganz conſequent zu ſein, müßte man den error juris in Beziehung auf die Geſetzwidrigkeit der Handlung, in ſofern er überhaupt Berückſichtigung zu verdienen ſchien, wenigſtens unter die Gründe ſtellen, durch welche das Daſein des dolus ausgeſchloſſen werde. Denn der erwähnte

1) S. auch oben S. 210.

Digitized by Google

error juris ist der Gegensatz des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit, welches man als Bestandtheil des dolus fordert. Allein es bedarf nur weniger Worte, um zu beweisen, daß er auch kein Aufhebungsgrund des dolus sein kann, woraus alsdann von selbst folgen wird, daß das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit keinen Bestandtheil des dolus ausmachen könne. Denn wenn durch den Irrthum in der erwähnten Beziehung das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit wirklich aufgehoben wird, wie das in der That der Fall ist, so kann ebenfalls Nichts darauf ankommen, ob derselbe verschuldet oder nicht verschuldet sei. Wollte man nur diejenige mit Willen unternommene Rechtsverletzung für keine dolose ausgeben, welcher ein unverschuldeter Rechtsirrthum zu Grunde gelegen, und dagegen die mit verschuldetem Rechtsirrthume begangene für eine dolose halten, so würde man damit von selbst zugeben, daß es ein doloses Verbrechen gebe, welches nicht mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit begangen worden wäre. Denn der dolus würde alsdann nicht mehr in dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit bestehen, sondern nur darin, daß man selbst daran schuld gewesen, dieses Bewußtsein nicht gehabt zu haben. Wollte man aber die mit Willen begangene Rechtsverletzung, auch wenn sie in verschuldetem Rechtsirrthume begangen worden, für keine dolose Handlung halten, so müßte man dieselbe entweder für gänzlich straflos erklären, oder wenigstens nur als eine culpose Handlung betrachten. Das Erstere wird Niemand behaupten, und es würde in offenem Widerspruche stehen mit dem positiven Rechte [1]); das Letztere ist zwar mitunter behauptet worden, kann aber ebenfalls nicht als richtig zu-

1) S. die bei Martin §. 40. Note 1. gegebenen Citate.

gestanden werden [1]). Denn bei den Rechtsverbrechen bezieht sich der Unterschied zwischen dolus und culpa nur darauf, ob die Verletzung des subjectiven Rechtes in der Absicht des Handelnden gelegen hatte, oder nicht. Das culpose Verbrechen setzt zwar ebenfalls die verbrecherische Willensbestimmung voraus, weil es sonst überhaupt nicht Verbrechen sein könnte; aber auf der anderen Seite liegt es im Begriffe desselben, daß der rechtsverletzende Erfolg gegen die Absicht des Handelnden eingetreten sei [2]). Die beabsichtigte Rechtsverletzung ist also entweder dolloses Verbrechen oder gar kein Verbrechen, und kann auf keinen Fall unter den Begriff des culposen Verbrechens subsumirt werden. Da nun eine beabsichtigte Rechtsverletzung, bei welcher der Handelnde in dem verschuldeten Irrthume stand, daß sie nicht gesetzwidrig sei, auf keinen Fall gar kein Verbrechen sein kann, so folgt nothwendig, daß dieselbe ein dolloses Verbrechen sein muß. Daraus folgt aber weiter, daß das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit überhaupt nicht zum Wesen des dolosen Verbrechens gehöre, da dieses Bewußtsein durch den erwähnten Rechtsirrthum nothwendig ausgeschlossen sein muß.

Wie aber der Wille, eine von dem objectiven Rechte nicht gestattete Rechtsverletzung zu begehen, durch die irrige Meinung des Handelnden, daß er demselben nicht zuwider handle, nicht aufhört, die verbrecherische Willensbestimmung zu sein, so kann auch umgekehrt der Wille, eine Rechtsverletzung zu begehen, welche von dem objectiven Rechte in der That gestattet war, nicht dadurch zur verbrecherischen Willensbestimmung werden, daß der Han-

1) Abegg, §. 89. S. 145.

2) Der Beweis wird weiter unten vorkommen.

delnde irriger Weise dachte, damit eine gesetzwidrige Handlung zu begehen [1]). Denn in Wahrheit ist sein Wille dabei auf eine Handlung gerichtet, welche nach dem objectiven Rechte begangen werden durfte, und darin kann keine Verletzung desselben enthalten sein. Höchstens könnte in der in jener irrigen Ansicht begangenen Handlung der Wille, das objective Recht zu verletzen, nicht aber eine wirkliche Verletzung desselben gefunden werden, und nur in dieser besteht das Verbrechen.

Auf der anderen Seite kann aber, wie schon gezeigt worden ist, das objective Recht nicht anders, als mit Willen verletzt werden [2]). Dieser Wille kann nach dem Bisherigen nicht in dem Willen bestehen, das objective Recht zu verletzen, da dieser Wille nicht die Verletzung selbst sein würde, sondern nur in dem Willen, die Handlung zu begehen, welche nach dem objectiven Rechte nicht begangen werden durfte, und zwar, in specieller Beziehung auf die Rechtsverbrechen, in dem Willen, das Recht eines Anderen zu verletzen, soweit dieses von dem objectiven Rechte nicht gestattet ist. Ueber dieses letztere Merkmal braucht nichts weiter hinzugefügt zu werden. Denn es ist eben gezeigt worden, daß dasselbe nur objectiv in Betracht komme, d. h. nur in der Bedeutung, ob die Rechtsverletzung von dem objectiven Rechte wirklich gestattet war,

1) Wer z. B. stiehlt, um eine rechte Hungersnoth von sich abzuwenden, wird nicht dadurch strafbar, daß er dabei in der Meinung stand, seine Handlung sei dennoch eine verbotene. Ebenso wenig kann Jemand, der einem verbindlichen Befehle Folge leistet, dadurch strafbar werden, daß er in der vielleicht gegründeten Meinung stand, daß dieser Befehl gar nicht hätte erlassen werden sollen.

2) S. oben S. 501.

Digitized by Google

oder nicht, und daß es gleichgültig sei, ob dasselbe auch subjectiv, d. h. in der Meinung des Handelnden, vorhanden gewesen sei, oder mit anderen Worten, ob derselbe das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit gehabt habe, oder nicht. Daher ist, um das Wesen der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Rechtsverbrechen aufzufassen, nur noch zu untersuchen übrig, was dazu gehöre, daß Jemand den Willen habe, das Recht eines Anderen zu verletzen.

Der Mensch kann nur wollen, in sofern er denkt, und es ist nicht möglich, daß Jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat. Aber auf der anderen Seite will der Mensch nicht Alles, was er gedacht hat. Von Ereignissen, welche eintreten, ohne daß der Mensch etwas dazu thut oder thun kann, läßt sich nie sagen, daß er dieselben gewollt habe. Er kann sich zwar eine Vorstellung machen von diesen Ereignissen, er kann dieselben erwarten und wünschen; aber sie liegen nicht in seinem Willen, wenn er denkt, daß ihr Eintritt ohne seine Thätigkeit erfolgen werde. Der Wille kann sich nur auf die eigene Thätigkeit des Menschen beziehen, und nur in dem Gedanken bestehen, daß aus seiner Handlung ein Erfolg hervorgehen werde. Dieser Gedanke ist nicht möglich, ohne daß sich der Mensch zu der Handlung bestimmt, von welcher er denkt, daß sie zu dem Erfolge führen werde. Denn Theils ist eine Handlung, zu welcher er sich nicht bestimmt, nicht seine Handlung, Theils kann er sich gar nicht denken, daß aus einer Handlung ein Erfolg hervorgehen werde, ohne zugleich zu denken, daß diese Handlung werde begangen werden. Darnach ist Wille der Gedanke, daß aus einer Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, ein Erfolg hervorgehen werde, und der Erfolg selbst, in Beziehung

Digitized by Google

auf welchen man diesen Gedanken gehabt hat, ein gewollter Erfolg. Der bloße Wille, ohne hinzukommende Handlung, kann zwar als bloßer Gedanke noch nicht in das Gebiet der rechtlichen Beurtheilung fallen; aber auf der anderen Seite läßt sich von keinem hervorgebrachten Erfolge sagen, daß er gewollt worden sei, wenn nicht der Handlung, aus welcher er hervorgegangen, jener Gedanke zu Grunde gelegen hatte. Daß sein Gedanke in Folge seiner Handlung nicht wirklich in Erfüllung gegangen war, schließt nicht aus, daß er den Willen dazu gehabt hatte, sowie umgekehrt nicht Alles, was als Folge aus der menschlichen Handlung hervorgeht, als mit seinem Willen hervorgebracht angesehen werden kann. Denn durch das Nichteintreten des Erfolges, an den der Handelnde gedacht, wird nicht aufgehoben, daß derselbe in seinem Gedanken gelegen, und daß er in diesem Gedanken gehandelt hatte, und gerade hierin besteht das Wesen des Willens, sowie umgekehrt daraus, daß ein Erfolg als Folge der menschlichen Handlung eingetreten, nicht folgt, daß derselbe in dem Gedanken des Handelnden gelegen hatte.

Darnach ist der Wille, das Recht eines Anderen zu verletzen, Nichts Anderes, als der Gedanke, daß aus der Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, die Verletzung von eines Anderen Rechten hervorgehen werde. Daß dieser Gedanke auch wirklich zur äußeren Handlung geworden sein müsse, um rechtliche Bedeutung zu erhalten, braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden. Es kommt gegenwärtig nur darauf an, diesen Gedanken in nähere Betrachtung zu ziehen, nach den Gründen, durch welche das Dasein desselben hergestellt und aufgehoben wird, und nach den verschiedenen Weisen, in welchen er gefaßt werden kann. Denn damit wird das Wesen der verbrecherischen

Digitized by Google

Willensbestimmung angegeben sein, da diese in Nichts Anderem bestehen kann, als in diesem Gedanken.

Der Gedanke, daß durch die Handlung, zu welcher man sich bestimmt, das Recht eines Anderen werde verletzt werden, begreift der Natur der Sache nach die zweifache Vorstellung in sich, Theils daß dem Anderen das zu verletzende Recht zustehe, Theils daß zwischen der Handlung und der Verletzung Causalzusammenhang Statt finde. Ohne diese zweifache Vorstellung ist dieser Gedanke nicht möglich; umgekehrt aber ist derselbe immer vorhanden, wenn diese zweifache Vorstellung vorhanden ist.

Die Vorstellung, daß einem Anderen ein Recht zustehe, kann nur auf der Vorstellung beruhen, daß man selbst die Pflicht habe, sich jeder verletzenden Handlung gegen dasselbe zu enthalten. Denn Recht und Pflicht sind Wechselbegriffe, und ein Recht ist nicht denkbar, ohne die entsprechende Pflicht anderer Menschen, dasselbe nicht zu verletzen. Daß man selbst das Recht habe, einem Anderen gegenüber eine verletzende Handlung vorzunehmen, welche eine Rechtsverletzung sein würde, wenn diesem das betroffene Recht zustände, kann man sich nur unter der Voraussetzung vorstellen, daß demselben dieses Recht in der That nicht zustehe. Jede verletzende Handlung, bei welcher es an dieser Vorstellung fehlt, wird deßwegen mit der Vorstellung begangen, daß man die Pflicht gehabt habe, dieselbe nicht zu begehen. Die Vorstellung aber, daß Jemandem ein bestimmtes Recht nicht zustehe, kann nicht ohne Grund in dem Menschen entstehen, und dieser Grund kann nur in der Vorstellung bestehen, daß der Andere, gegen den die Handlung unternommen worden, entweder das Recht gar nicht gehabt habe, oder daß er des Rechtes verlustig geworden sei, welches außerdem durch dieselbe verletzt

Digitized by Google

worden sein würde. Ob diese Vorstellung vorhanden sei, oder nicht, ist quaestio facti und Sache des Beweises; sie kann aber immer nur darin bestehen, daß einer der Gründe vorliege, aus welchen Jemand seines Rechtes verlustig werden kann. Diese Vorstellung kann der Mensch immer nur entweder haben oder nicht haben. Es kann zwar Jemand zweifelhaft darüber sein, ob einer jener Gründe vorliege; allein es ist klar, daß er alsdann diese Vorstellung eben nicht habe. Weitere Modificationen, unter welchen der Mensch diese Vorstellung haben könnte, sind nicht denkbar, und deßwegen kann auch in dieser Beziehung keine Verschiedenheit der verbrecherischen Willensbestimmung entstehen.

Die Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen der Handlung, zu welcher sich der Mensch bestimmt und der durch dieselbe hervorzubringenden Rechtsverletzung kann aber in verschiedener Weise gefaßt werden. Denn, wie früher gezeigt worden [1]), ist in Beziehung auf einen hervorgebrachten Erfolg Causalzusammenhang anzunehmen entweder, wenn der Mensch wußte, daß derselbe als Folge aus seiner Handlung hervorgehen werde, oder, wenn er nicht wußte, daß er nicht als Folge aus derselben hervorgehen werde. Damit also der Mensch eine Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen seiner Handlung und der hervorzubringenden Rechtsverletzung haben könne, muß entweder jenes Wissen oder dieses Nichtwissen in seiner Vorstellung gelegen haben. Je nachdem aber das Eine oder das Andere der Fall ist, muß auch seine Vorstellung von dem Causalzusammenhange selbst nothwendig eine verschiedene sein, und daraus muß ebenso nothwendig eine Verschiedenheit

1) S. oben S 311.

Digitized by Google

der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgehen. Denn diese begreift ja die Vorstellung von dem Causalzusammenhange in sich, und muß deßwegen je nach der Verschiedenheit dieser Vorstellung verschieden ausfallen.

Stellt sich der Mensch vor, zu wissen, daß aus seiner Handlung die Rechtsverletzung als Folge hervorgehen werde, so kann sein Wille auf Nichts Anderes, als eben auf diese Rechtsverletzung gerichtet gewesen sein. Dieselbe hat daher, wenn er diese Handlung begeht, nicht allein in seinem Willen gelegen, in sofern er nämlich dachte, daß das Recht des Anderen werde verletzt werden, sondern auch in seiner Absicht, in sofern sein Wille auf Nichts Anderes, als auf die Rechtsverletzung gerichtet war. Der Wille, das Recht des Anderen zu verletzen, und mithin die verbrecherische Willensbestimmung ist dabei in möglichst intensivem Grade vorhanden, weil eben bei dieser Absicht sein Wille darauf geht, die Rechtsverletzung auf jeden Fall hervorzubringen. Die Römer bezeichnen diese verbrecherische Willensbestimmung durch den allgemeinen Ausdruck dolus malus, und das Handeln in demselben durch scienter, dolo malo agere. Die Carolina bedient sich der Ausdrücke „böser Wille, fürsetzlich, boshaftig, gefährlich, arglistig, willig", um den dolus und das Handeln in demselben zu bezeichnen [1]). In unserem Sprachgebrauche dürften die Ausdrücke „böser Wille, böse Absicht, böser Vorsatz" dem Begriffe am besten entsprechen.

Wer nicht weiß, daß aus der Handlung, zu welcher er sich bestimmt, eine Rechtsverletzung als Folge nicht her-

1) Ueber die verschiedenen Bezeichnungen des dolus im römischen Rechte und in der Carolina vgl. Mittermaier, im N. A. des C. R. II. S. 517 ff.

Digitized by Google

vorgehen werde, muß zwar privatrechtlich für dieselbe haften, wenn sie in der That hervorgebracht worden war: denn der Mensch soll sich bloß zu solchen Handlungen bestimmen, von welchen er weiß, daß durch sie kein Anderer in seinen Rechten werde verletzt werden [1]); aber es läßt sich darum nicht ohne Weiteres sagen, daß er an die hervorgebrachte Rechtsverletzung gedacht und dieselbe mithin gewollt habe. Denn wenn er keine Vorstellung hat von diesem Nichtwissen, sondern wenn er denkt, daß aus seiner Handlungsweise keine Rechtsverletzung als Folge hervorgehen werde, so ist klar, daß er an die hervorgebrachte Rechtsverletzung nicht gedacht, und daß dieselbe mithin nicht in seinem Willen gelegen habe. Die hervorgebrachte Rechtsverletzung ist gleichwohl seiner culpa zuzuschreiben, da es immer wahr bleibt, daß er eine Handlung vorgenommen, von welcher er nicht wußte, daß durch sie keine Rechtsverletzung werde hervorgebracht werden; aber diese culpa kann keine Criminalculpa oder verbrecherische Willensbestimmung sein, da er dabei an die hervorgebrachte Rechtsverletzung nicht gedacht hatte. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß der Mensch an die durch seine Handlung hervorgebrachte Rechtsverletzung gedacht, und daß er mithin dieselbe gewollt habe, wenn er sich bei der Handlung seines Nichtwissens darüber, daß aus derselben die Rechtsverletzung nicht als Folge hervorgehen werde, bewußt gewesen war. Denn indem der Mensch sich bewußt ist, daß er nicht weiß, daß aus seiner Handlung eine Rechtsverletzung als Folge nicht hervorgehen werde, denkt er daran, daß dieselbe hervorgehen werde. Aber die Vorstellung von dem Causalzusammenhange, welche er auf

1) S. oben S. 309.

Digitized by Google

dieſe Weiſe bloß durch ſein bewußtes Nichtwiſſen über das Nichtdaſein deſſelben erhält, iſt eine andere, als wenn er unmittelbar gewußt hätte, daß zwiſchen ſeiner Handlung und der Rechtsverletzung Cauſalzuſammenhang Statt finde. Bei dieſem unmittelbaren Wiſſen von dem Daſein des Cauſalzuſammenhanges zwiſchen ſeiner Handlung und der Rechtsverletzung denkt er, daß dieſe auf jeden Fall aus jener hervorgehen werde, oder mit anderen Worten, ſein Wille iſt auf Nichts Anderes gerichtet, als auf die Rechtsverletzung, ſo daß dieſe ſeiner Abſicht zugeſchrieben werden darf. Wenn ſich aber der Menſch bloß bewußt iſt, nicht zu wiſſen, daß aus ſeiner Handlung eine Rechtsverletzung als Folge nicht hervorgehen werde, ſo denkt er nicht, daß dieſelbe auf jeden Fall eintreten werde, ſondern nur, daß ſie möglicher Weiſe eintreten könne. Denn um denken zu können, daß dieſelbe auf jeden Fall eintreten werde, müßte er ſich vorſtellen, daß Nichts Anderes, als die Rechtsverletzung aus ſeiner Handlung hervorgehen werde. Dieſe Vorſtellung aber liegt nicht in dem bewußten Nichtwiſſen über das Nichtdaſein des Cauſalzuſammenhanges. Vielmehr iſt in dieſem bewußten Nichtwiſſen nur das enthalten, daß der Menſch ſich nicht vorſtellen kann, daß die Rechtsverletzung in Folge ſeiner Handlung nicht eintreten werde, da er, um dieſes zu können, ſich vorſtellen müßte, daß zwiſchen ſeiner Handlung und der Rechtsverletzung kein Cauſalzuſammenhang Statt finde. Und in ſofern der Menſch ſich nicht vorſtellt, daß eine Rechtsverletzung nicht eintreten werde, ſtellt er ſich allerdings vor, daß dieſelbe eintreten werde. Aber dieſe Vorſtellung kann nur auf die Möglichkeit, nicht auf die Gewißheit des Eintretens der Rechtsverletzung gerichtet ſein, da das bewußte Nichtwiſſen über das Nichtdaſein des Cauſalzuſammenhanges bloß ein

bewußtes Nichtwissen darüber ist, ob überhaupt Causalzusammenhang vorhanden sei oder nicht, und da die Vorstellung von der Gewißheit des Eintretens oder Nichteintretens der Rechtsverletzung nur auf der Vorstellung von der Gewißheit des Daseins oder Nichtdaseins des Causalzusammenhanges beruhen kann. In sofern also der Mensch eine Handlung unternimmt mit dem bewußten Nichtwissen, daß aus derselben die Rechtsverletzung nicht als Folge hervorgehen werde, denkt er daran, daß dieselbe hervorgehen könne, und in sofern der Wille Nichts Anderes ist, als der Gedanke, daß aus der Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, ein bestimmter Erfolg hervorgehen werde, unternimmt er dieselbe mit dem Willen, die Rechtsverletzung in der That hervorzubringen. Und in diesem Willen besteht die verbrecherische Willensbestimmung. Aber dieselbe ist in minder intensivem Grade vorhanden, weil die Rechtsverletzung dabei bloß in so weit gewollt wird, als sie möglicher Weise eintreten wird, oder mit anderen Worten, weil dieselbe nicht in der Absicht des Handelnden liegt. Seine Absicht muß vielmehr auf etwas Anderes gerichtet sein, als auf die Rechtsverletzung, da er nur bei der Vorstellung von der Gewißheit des Causalzusammenhanges diese Absicht haben könnte; aber gleichwohl hat die Rechtsverletzung in seinem Willen gelegen, wenn er in der angegebenen Weise an dieselbe gedacht hat. Die Römer bezeichnen diese Art der verbrecherischen Willensbestimmung durch die Ausdrücke culpa, negligentia, lascivia, luxuria, petulantia; die Carolina gebraucht die Ausdrücke „ungeverlich, unfürsetzlich, unfürsichtig, leichtfertig, aus unfleiß, aus geilheit, wider willen", um dieselbe zu bezeichnen [1]).

1) Ueber die verschiedenen Bezeichnungen der culpa s. Wächter, §. 79.

Digitized by Google

Demnach ist bei den Rechtsverbrechen die verbrecherische Willensbestimmung entweder dolus oder culpa, je nachdem die Vorstellung verschieden ist, welche er von dem Causalzusammenhange zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung gefaßt hat. Wenn er sich vorstellt, zu wissen, daß zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung Causalzusammenhang Statt finde, will er Nichts Anderes, als diese, und die Handlung, welche er in dieser Vorstellung begangen, ist ein dolöses Verbrechen; wenn er sich bewußt ist, nicht zu wissen, daß kein Causalzusammenhang Statt finde zwischen seiner Handlung und der Rechtsverletzung, liegt diese zwar auch in seinem Willen, aber nicht in seiner Absicht, und die Handlung, welche er in diesem Bewußtsein begeht, ist kein dolöses, sondern nur ein culpöses Verbrechen [1]).

1) In dieser Ausführung hoffe ich gezeigt zu haben, daß der culpa wirklich der Wille zu Grunde liegt, das Recht eines Anderen zu verletzen. Man ist wohl jetzt darüber einverstanden, daß die culpa nicht, wie Almendingen, Untersuchungen über das culpöse Verbrechen, Gießen 1804, behauptete, auf einen zu vermeidenden Verstandesfehler gegründet werden könne. Vielmehr hat man seitdem allgemein die Nothwendigkeit anerkannt, daß der Beweis geführt werden müsse, die culpa sei in der That verbrecherischer Wille, um die Strafbarkeit derselben überhaupt zu rechtfertigen. Dieser Beweis scheint aber in den bisherigen Darstellungen nicht erbracht zu sein. Gewöhnlich wird die culpa auf den Mangel des guten Willens zurückgeführt, Theils dasjenige zu vermeiden, woraus für die Rechte Anderer ein Nachtheil entspringen kann, Theils die zur Erfüllung der bürgerlichen Verpflichtungen nöthige Sorgfalt und Aufmerksamkeit anzuwenden. Allein damit ist noch nicht bewiesen, daß der culpöse Verbrecher den Willen gehabt habe, wirklich dasjenige Recht zu verletzen, welches von ihm verletzt worden ist. Denn der mangelnde gute Wille, alle Handlungen zu unterlassen, die für Andere gefährlich werden können, ist offenbar noch nicht der Wille, die Verletzung

Digitized by Google

Der dolus läßt sich auch definiren als der Wille, eine beabsichtigte Rechtsverletzung hervorzubringen, die culpa als der Wille, eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung zu bewirken.

Keines Falles ist der Wille, entweder eine beabsichtigte oder eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung hervorzubringen möglich, ohne die Vorstellung, daß zwischen derselben und der Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, Causalzusammenhang Statt finde. Und diese Vorstellung ist nicht möglich ohne die Vorstellung, daß das Recht wirklich existire, dessen Verletzung in dem Willen des Handelnden gelegen. Ohne diese zweifache Vorstellung ist also weder dolus noch culpa möglich, wie denn schon vorhin bemerkt worden ist, daß auf derselben die verbrecherische Willensbestimmung beruhe.

Daraus folgt, daß dolus sowohl als culpa zu ihrer nothwendigen Voraussetzung einen Zustand der Person haben, in welchem es derselben möglich ist, diese zweifache Vorstellung zu haben, und daß jeder Zustand, durch welchen die Möglichkeit derselben aufgehoben wird, ein Grund ist, durch welchen die Möglichkeit von dolus und von culpa aufgehoben wird.

---

hervorzubringen, die man wirklich hervorgebracht hat. Noch weniger kann die Strafbarkeit der culpa auf den Mangel des guten Willens, die gehörige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anzuwenden, gegründet werden. Denn was man im Zustande der Unaufmerksamkeit hervorbringt, kann man niemals gewollt haben. Höchstens könnte man damit ein eigenes Verbrechen der unterlassenen Aufmerksamkeit begründen, dessen Strafbarkeit aber durch den hervorgebrachten Erfolg nicht verändert werden könnte. Eine Kritik der neueren Ansichten über culpa giebt *Gaertner*, finium culpae in jur. crimin. regundorum prolusio. Berol. 1836. pag. seq. p. 17 seq.

Digitized by Google

Der Natur der Sache nach können es aber nur zwei Gründe sein, durch welche die Möglichkeit dieser zweifachen Vorstellung aufgehoben wird. Der eine Grund ist, daß sich die Person in einem Zustande befindet, in welchem derselben überhaupt die Fähigkeit abgesprochen werden muß, sich eine Vorstellung von dem Rechte und der zu bewirkenden Verletzung desselben zu machen; der andere, daß die Person eine jener zweifachen Vorstellung entgegengesetzte Vorstellung, welche mit derselben unmöglich zusammen bestehen kann, gefaßt hat. Daß keiner dieser beiden Gründe vorhanden sei, ist nach dem Bisherigen eine nothwendige Voraussetzung der verbrecherischen Willensbestimmung. Daher ist es, um die Frage, wann dolus und wann culpa vorhanden sei, beantworten zu können, vor Allem nothwendig, diese Gründe in Betrachtung zu ziehen.

Was den ersten Grund betrifft, welcher in der Unfähigkeit der Person besteht, sich überhaupt eine Vorstellung von dem Rechte und der zu bewirkenden Verletzung desselben zu machen, so steht die Stellung, welche diesem Grunde hier gegeben wird, der gewöhnlichen Anordnung entgegen, in welcher in den Lehrbüchern von derselben die Rede zu sein pflegt. Denn dieser Grund begreift in sich die Zustände des nicht vorhandenen, entweder noch nicht entwickelten oder wieder aufgehobenen Vermögens, welches der entwickelte und gesunde Mensch hat, sich der ihn umgebenden Verhältnisse und der Einwirkung, welche er durch seine Handlungen auf dieselben ausübt, bewußt zu werden. Diese Zustände aber, welche, in sofern sie die verbrecherische Willensbestimmung unmöglich machen, offenbar im Zusammenhange dieser Lehre erörtert werden müssen, pflegen von den Rechtslehrern unter die Gründe gestellt zu werden, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben

Digitized by Google

werde. Und diese Stellung hat zu mannichfachen Irrthümern in Theorie und Praxis Veranlassung gegeben.

Unter diese Zustände gehört der Zustand der Kindheit und des jugendlichen Alters, so weit ihm überhaupt das Vermögen abgesprochen werden muß, sich die Vorstellung von einem Rechte und einer Rechtsverletzung zu machen. Daß Kinder unter sieben Jahren nicht bestraft werden können, wird entschieden von dem positiven Rechte [1]) und einstimmig von den Rechtslehrern anerkannt. Der Grund der Strafloſigkeit ist aber nicht die fehlende Zurechnungsfähigkeit, sondern liegt nur in der Unfähigkeit des Kindes, die verbrecherische Willensbestimmung zu haben [2]). Für den Zeitraum, der zwischen der Kindheit und der erreichten Pubertät liegt, erkennt das gemeine Recht keines Weges Strafloſigkeit als allgemeine Regel an. Dasselbe schreibt vielmehr vor, die Natur der einzelnen Verbrechen zu berücksichtigen und darnach zu beurtheilen, ob in Beziehung auf dieselben doli capacitas oder culpae capacitas des impubes angenommen werden könne [3]). Die Rechtslehrer übersetzen den Ausdruck doli oder culpae capax durch zurechnungsfähig, und kommen dadurch zu dem Resultate,

---

1) L. 5. §. 2. D. 9. 2. l. 23. D. 47. 2. l. 12. D. 48. 8.

2) In der l. 12. cit. wird von dem infans, der einen Menschen tödtet, gesagt, er werde wegen seiner innocentia consilii entschuldigt.

3) L. 23. D. 47. 2. Impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit, Julianus lib. 22. Dig. scripsit; item posse cum impubere damni injuria dati agi, quia et furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait; nam in infantes id non cadere. Nos putamus, cum impubere culpae capace Aquilia agi posse. — L. 2. §. 14. D. 47. 8. L. 3. §. 2. D. 47. 10.

Digitized by Google

daß für die verschiedenen Verbrechen der Zeitpunct der Zurechnungsfähigkeit verschieden beginne. Nach dieser Ansicht müßte die Frage, ob ein impubes im Stande gewesen, dolus oder culpa zu haben, zusammenfallen mit der Frage, ob derselbe zurechnungsfähig gewesen. Wie aber dolus und culpa auf der einen Seite und die Zurechnungsfähigkeit auf der anderen Seite etwas durchaus Verschiedenes sind, indem nicht immer, wer dolus oder culpa hat, zurechnungsfähig ist, und umgekehrt der Zurechnungsfähige nicht immer dolus oder culpa hat, so kann auch das Dasein der Zurechnungsfähigkeit niemals von dem Dasein von dolus oder culpa abhängig gemacht werden. Ob vielmehr Jemand zurechnungsfähig gewesen oder nicht, kann immer nur in Frage kommen, nachdem gewiß ist, daß er entweder eine dolose oder eine culpose Handlung verübt habe, da es nur das Verbrechen ist, welches zugerechnet werden soll, und da ohne dolus oder culpa von einem Verbrechen keine Rede sein kann. Wenn das positive Recht anerkennt, daß ein impubes, der doli oder culpae capax gewesen, bestraft werden könne, so darf daraus allerdings geschlossen werden, daß es denselben nicht schlechterdings für unzurechnungsfähig halte, da gegen den Unzurechnungsfähigen überhaupt gar keine Strafe verhängt werden kann; aber man darf deßwegen nicht schließen, daß er aus dem Grunde zurechnungsfähig sei, weil er doli oder culpae capax gewesen. Auch der gute Mensch, der keines verbrecherischen Entschlusses fähig ist, kann doli oder culpae incapax genannt werden; dennoch wird es Niemandem einfallen, denselben darum für unzurechnungsfähig auszugeben.

Unter diese Zustände gehören ferner alle Zustände, in welchen sich der Mensch der ihn umgebenden Verhältnisse und der Einwirkungen, welche er durch seine Handlungen

Digitized by Google

auf dieselben ausübt, nicht bewußt ist. Diese Zustände im Einzelnen aufzuführen, würde Theils nicht mit absoluter Vollständigkeit ausführbar, Theils für die Lehre selbst ohne weiteren Nutzen sein, da es immer nur darauf ankommt, ob Jemand jenes Bewußtsein gehabt hat oder nicht, und da jeder Fall, in welchem er es nicht gehabt, ein Beweis ist, daß er sich in einem bewußtlosen Zustande befunden. Es können körperliche Gebrechen sein, welche den Menschen des Bewußtseins berauben; es kann ebenso gut in geistigen Krankheiten seinen Grund haben, daß ihm dasselbe abgeht. Immer ist, ob er dasselbe gehabt hat, eine reine quaestio facti, und Sache des Beweises und richterlichen Urtheiles. Der Richter braucht aber, um darüber zu urtheilen, ob Jemand dieses Bewußtsein gehabt hat, nicht Arzt zu sein oder ärztliche Kenntnisse zu Hülfe zu nehmen. Denn das Verfahren, welches er dabei anstellt, besteht nicht darin, daß er zuvörderst nach den Ursachen forschte, durch welche jenes Bewußtsein aufgehoben werden kann, so daß er daraus, daß keine der ihm bekannten Ursachen vorliegt, schließen dürfte, es könne auch kein Zustand des aufgehobenen Bewußtseins gewesen sein; sondern umgekehrt muß er, der Richter, zuerst forschen, ob das Bewußtsein aufgehoben gewesen oder nicht, und erst, je nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung, zu dem Schlusse gelangen, daß eine der Ursachen des aufgehobenen Bewußtseins entweder vorhanden oder nicht vorhanden gewesen sei. Darum kann aber die nähere Kenntniß dieser Ursachen für den Richter nicht von weiterem Interesse sein, da es ihm immer nur darauf ankommt, ob das Bewußtsein in der That aufgehoben oder nicht aufgehoben gewesen sei. Es ist selbst möglich, daß der Richter nicht im Stande ist, die Ursache zu erkennen, durch welche das Bewußtsein

Digitized by Google

aufgehoben worden, oder daß die Erfahrung und Wissenschaft des Arztes nicht so weit reicht, diese Thatsache zu erklären; dennoch wird der Richter dadurch nicht zu dem Schlusse berechtigt, daß kein Zustand des aufgehobenen Bewußtseins vorhanden gewesen sein könne. Denn es giebt viele Thatsachen, deren Ursache sich nicht erklären läßt, ohne daß man darum die Existenz derselben in Abrede stellen dürfte. Die Thatsache aber, daß Jemand in bewußtlosem Zustande gehandelt, ist für den Richter unmittelbar, ohne Rücksicht auf ihre Ursache, erkennbar. Die ganze Beschaffenheit der Handlung, die Umstände, unter welchen sie begangen worden, die Vergleichung mit der Art und Weise, in welcher Menschen im bewußten Zustande handeln, setzen ihn in den Stand, darüber zu urtheilen.

Die krankhaften Zustände des Geistes werden von den Rechtslehrern immer nur unter den Gründen aufgeführt, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde. Und es ist allerdings richtig, daß sie in der Lehre von der Zurechnung ihre nähere Betrachtung finden müssen, da sie in der That die Gründe der aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit sind. Allein wie von den Rechtslehrern meistens Zurechnungsfähigkeit und dolus und culpa in unangemessene Verbindung gebracht werden, so pflegen sie auch jene Zustände in der Lehre von der Zurechnung nicht ausschließlich in der Beziehung zu betrachten, in welcher dieselben in dieser Lehre einzig und allein in Frage kommen dürfen. Diese Beziehung ist keine andere, als in wiefern durch diese Zustände die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde. In wiefern aber durch diese Zustände das Bewußtsein des Handelnden und mithin seine Fähigkeit zur verbrecherischen Willensbestimmung aufgehoben werde, ist eine ganz andere Frage, welche mit der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit

Digitized by Google

in gar keinem Zusammenhange steht, und bereits ihre Erledigung gefunden haben muß, ehe zu dieser geschritten werden kann. Denn zu der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit oder zu dem Urtheile der Zurechnung kann immer nur Veranlassung sein, nachdem gewiß ist, daß Jemand eine dolose oder culpose Handlung begangen habe, da es eben nur diese ist, welche den Gegenstand der Zurechnung bildet. Es ist mithin klar, daß die Frage, ob Jemand in bewußtem Zustande gehandelt, nicht bei Erörterung seiner Zurechnungsfähigkeit, sondern bei Erörterung seiner verbrecherischen Willensbestimmung zur Sprache kommen muß.

Es ist aber von Wichtigkeit, die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit abzusondern von der Frage, ob Jemand der verbrecherischen Willensbestimmung fähig gewesen sei, oder ob er in bewußtem Zustande gehandelt habe. Denn nur nach dieser Unterscheidung läßt sich mit Sicherheit bestimmen, in wieweit bei zweifelhaften und krankhaften Seelenzuständen der Richter auf sein eigenes Urtheil angewiesen sei, und in wieweit und in welcher Beziehung er das Gutachten von Sachverständigen zu Rathe ziehen müsse.

Es kann zweifelhaft werden, ob Jemand bei Begehung des Verbrechens in zurechnungsfähigem Zustande gewesen. Der Richter kann sich zur Entscheidung dieses Zweifels nicht für befugt halten, da die Kenntnisse, welche er als gewöhnlicher Mensch und Richter haben kann, dazu nicht ausreichen. Denn der Zweifel, ob nicht Jemand zurechnungsunfähig gewesen, ist Nichts Anderes, als eine Ungewißheit darüber, ob derselbe nicht bei Begehung seines Verbrechens an einer geistigen Krankheit gelitten, welche als die Ursache seiner verbrecherischen Willensbestimmung

Digitized by Google

angesehen werden muß. Deßwegen kann aber die Zurechnungsunfähigkeit nicht unmittelbar, sondern nur auf dem Wege eines Schlusses erkannt werden, indem nur daraus, daß sich Jemand in einem solchen Zustande befunden, auf seine Zurechnungsunfähigkeit geschlossen werden kann. Diesen Schluß kann aber Niemand machen, der nicht besondere Kenntniß hat von diesen Zuständen, und erfordert daher ein besonderes sachverständiges Urtheil, so daß der Richter bei vorhandenem Zweifel über die Zurechnungsfähigkeit die Kenntniß von Sachverständigen zu Hülfe nehmen muß.

Es kann aber auch zweifelhaft werden, ob Jemand in bewußtem Zustande gehandelt, und also fähig gewesen sei, die verbrecherische Willensbestimmung zu haben. Und in Ansehung dieses Zweifels kann es nach dem Bisherigen keinem Zweifel unterliegen, daß Niemand, als der Richter, zur Entscheidung desselben befugt sein kann. Denn ob Jemand in bewußtem Zustande gehandelt oder nicht, ist eine Thatsache, zu deren Erkenntniß er nicht erst durch einen Schluß von der Ursache auf die Wirkung zu gelangen braucht, sondern welche unmittelbar, ohne Rücksicht auf ihre Ursache, von ihm erkannt werden kann. In der That bedarf der Richter keines Sachverständigen, um zu beurtheilen, ob ein Kind eine Vorstellung gehabt habe von dem Rechte, welches von ihm verletzt worden, oder ob ein Blinder oder Tauber sich eines Sachverhältnisses bewußt gewesen sei, dessen nach Lage der Umstände sich nur ein Sehender oder Hörender hätte bewußt werden können, oder ob ein Rasender oder Epileptischer sich dessen bewußt sei, was er im Anfalle seiner Krankheit angerichtet. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß der Richter, indem er in solchen Fällen ohne Weiteres urtheilt, es sei kein Verbrechen

Digitized by Google

vorhanden, dabei als Sachverständiger urtheile, und nur aus dem Grunde nicht besonders das Gutachten eines Arztes einzuholen brauche, weil es sich hier um solche ärztliche Kenntnisse handele, die allenfalls auch einem Richter zugetrauet werden könnten. Denn es ist klar, daß zwischen solchen ärztlichen Kenntnissen, die sich ein Richter selbst zutrauen dürfte, und zwischen solchen, um welche er einen Arzt angehen müßte, gar keine bestimmte Gränze würde gezogen werden können. Der Richter urtheilt vielmehr hier lediglich als Richter, indem er nach der ganzen Lage der Sache beurtheilt, ob Jemand mit oder ohne Bewußtsein gehandelt. Auch leuchtet es dem gesunden Verstande von selbst ein, daß man einem Blinden oder Tauben nicht seine Zurechnungsfähigkeit abspricht, wenn man urtheilt, daß er einen Schaden ohne Willen hervorgebracht, weil er sich der ihn umgebenden Verhältnisse nicht bewußt gewesen war. Seine That kann ihm nicht zugerechnet werden; aber nicht wegen seiner fehlenden Zurechnungsfähigkeit, sondern nur wegen der fehlenden verbrecherischen Willensbestimmung. Es kann sein, daß die Aerzte den Rasenden auch für zurechnungsunfähig halten; aber seine Zurechnungsfähigkeit kann processualisch gar nicht in Frage kommen, bevor gewiß ist, daß er mit verbrecherischer Willensbestimmung gehandelt.

Daß die Rechtslehrer mit Unrecht diese beiden an sich getrennten Fragen in eine zusammenwerfen, ergiebt sich auch aus einer Inconsequenz, die sich in fast allen Lehrbüchern findet. Sie führen nämlich unter den Gründen, durch welche die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, auch den höchsten Grad der Trunkenheit an, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe eine unverschuldete gewesen. Es ist aber in dem Früheren schon mehrfach

Digitized by Google

gezeigt worden, daß durchaus nicht zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit unterschieden werden dürfe, und daß, wenn wegen der in einem bestimmten Zustande begangenen Handlungen Strafloſigkeit nur unter der Voraussetzung eintritt, man sei ohne seine Schuld in diesen Zustand gekommen, daraus mit Sicherheit geschlossen werden müsse, dieser Zustand könne kein Grund der Zurechnungsunfähigkeit sein [1]). In der That ist der Zustand der höchsten Trunkenheit kein Zustand der aufgehobenen Zurechnungsfähigkeit, sondern ein Zustand des aufgehobenen Bewußtseins, so daß der Trunkene nur in sofern er kein Bewußtsein hat, keiner verbrecherischen Willensbestimmung und mithin keines Verbrechens fähig ist. Und ob er noch Bewußtsein gehabt oder nicht, ist eine rein factische Frage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden kann. Dabei kann aber gar Nichts darauf ankommen, zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Trunkenheit zu unterscheiden, da auch der ohne seine Schuld Trunkene, dem etwa ohne sein Wissen berauschende Getränke vorgesetzt worden wären, so lange er noch Bewußtsein hat, der verbrecherischen Willensbestimmung fähig ist, und da umgekehrt auch der durch seine Schuld Trunkene, wenn er kein Bewußtsein mehr hat, auch der verbrecherischen Willensbestimmung nicht mehr fähig ist. Daneben ist aber nicht zu verkennen, daß eine Handlung begeht, wer sich betrinkt, und daß diese Handlung nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges zu bestimmten Erfolgen führen kann. Und dieses Causalzusammenhanges kann sich der Trinkende entweder in der einen oder in der anderen Weise bewußt werden, so daß diese Erfolge

1) S. oben S. 210.

Digitized by Google

möglicher Weise seiner culpa sowohl, als seinem dolus zugerechnet werden können [1]). Es ist aber klar, daß man die Strafbarkeit, welche auf diese Weise begründet werden kann, nicht daraus herleiten darf, daß sich der Handelnde durch eigenes Verschulden in einen Zustand versetzt habe, in welchem an und für sich Zurechnungslosigkeit Statt finde [2]), sondern nur daraus, daß er mit dem Bewußtsein des Causalzusammenhanges gehandelt habe.

Nunmehr kann zu dem anderen der Gründe, durch welche die Möglichkeit jener zweifachen Vorstellung aufgehoben wird, übergegangen werden. Dieser Grund liegt, wie bemerkt worden, darin, daß die Person eine jener zweifachen Vorstellung entgegengesetzte Vorstellung, welche mit derselben unmöglich zusammen bestehen kann, gefaßt hat [3]).

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, Niemand kann sich vorstellen, daß Jemandem ein Recht zustehe und zugleich nicht zustehe. Es entsteht daher die Frage, wann bei dem Handelnden die Vorstellung angenommen werden könne, daß Jemandem das Recht nicht zustehe, auf dessen Verletzung die Handlung außerdem gerichtet gewesen wäre.

---

1) Z. B. l. 12. pr. D. 48. 3. . . . „Princeps rescripsit, in eum, qui custodiam dimisit, aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari; si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum. Das Betrinken kann auch in der Absicht geschehen, eine Rechtsverletzung hervorzubringen, wenn sich z. B. Jemand betrinkt in der Absicht, dadurch unfähig zu werden zu Verrichtungen, welche er einem Anderen leisten müßte.

2) Viele sprechen hier von actiones liberae in causa, oder ad libertatem relatae. Z. B. Martin, §. 37. Heffter, §. 75.

3) S. oben S. 536.

Digitized by Google

Es ist schon bemerkt worden, diese Vorstellung könne nur auf der Vorstellung beruhen, daß er das Recht entweder gar nicht gehabt habe, oder daß er desselben wieder verlustig geworden sei.

Die Vorstellung, daß er das Recht gar nicht gehabt habe, kann nur in der Vorstellung bestehen, daß er gar nicht die Person sei, welcher dasselbe in der That zusteht. Deßwegen kann die Vorstellung, daß Jemand ein Recht nicht gehabt habe, nur in Beziehung auf solche Rechte vorkommen, welche nur Personen einer bestimmten Classe oder Eigenschaft zukommen, während sie anderen Menschen nicht zustehen [1]). Aber in Beziehung auf diese Rechte ist es klar, daß die Vorstellung, daß eine Verletzung derselben werde begangen werden, nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß der Handelnde die Person, gegen welche er die verletzende Handlung richtete, als eine solche erkannte, der eins dieser Rechte zustand. Wenn es an dieser Voraussetzung fehlt, oder mit anderen Worten, wenn der Handelnde die Person, gegen welche er die verletzende Handlung richtete, für eine solche hielt, der das fragliche Recht gar nicht zustand, so ist in Beziehung auf dasselbe jede verbrecherische Willensbestimmung, und mithin dolus sowohl als culpa unmöglich [2]). Dabei muß es

1) Z. B. in Beziehung auf die Majestätsrechte des Landesherrn, die besonderen Ehrenrechte der Beamten, die gegenseitigen Pietätsrechte unter einander verwandter Personen, wegen deren Tödtungen derselben qualificirt sind.

2) Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß durch die Handlung ein anderes Verbrechen begangen sein kann, z. B. durch die Tödtung einer verwandten Person, die man sich nicht für verwandt hielt, eine einfache Tödtung. Durch diese Entwickelung erledigt sich auch der Vorwurf, den mir Pfoten-

Digitized by Google

ganz gleichgültig sein, ob der Irrthum, in welchem sich der Handelnde in Beziehung auf die Person befand, gegen welche er die verletzende Handlung richtete, von ihm hätte vermieden werden können, oder nicht. Denn in jedem Falle ist durch diesen Irrthum die Vorstellung ausgeschlossen, daß der Person, gegen welche er die verletzende Handlung gerichtet, das Recht zugestanden habe [1]). Umgekehrt aber kann niemals angenommen werden, daß der Handelnde die Vorstellung gehabt habe, der Person, gegen welche er die verletzende Handlung richtete, stehe das Recht nicht zu, wenn er sie in der That für diejenige erkannte, welcher dasselbe wirklich zugestanden. Es könnte Jemand behaupten, daß er zwar die Person, gegen welche er die verletzende Handlung gerichtet, für diejenige erkannt, die sie wirklich gewesen, daß er aber nicht gewußt habe, daß derselben das fragliche Recht überhaupt zustehe. Aber er würde damit nur behaupten, sich im Irrthume oder Unwissenheit darüber befunden zu haben, daß nach dem objectiven Rechte Personen von derjenigen Eigenschaft, welche er an dem Verletzten erkannt, das fragliche Recht zukomme, oder mit anderen Worten, daß er sich der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung nicht bewußt gewesen sei. Das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit ist aber, wie gezeigt worden, für das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ohne alle Bedeutung [2]). Deßwegen könnte diese Behauptung, wenn sie auch begründet wäre, nicht ein Mal die Wirkung haben, die Handlung, welche außerdem eine

---

hauer, der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen, S. 102, Note 46, gemacht hat.

1) S. oben S. 301 und 304.

2) S. oben S. 517 ff.

Digitized by Google

dolose gewesen wäre, als eine nur culpose erscheinen zu lassen [1]).

Die Vorstellung, daß Jemand eines Rechtes verlustig geworden sei, kann nur auf der Vorstellung beruhen, daß einer der Gründe vorliege, aus welchen ein Recht verloren werden kann. Diese Gründe sind oben ausführlich entwickelt worden [2]). Darum ist hier nur noch die Frage zu erörtern, ob die Vorstellung, daß Jemand eines Rechtes verlustig geworden, auch noch in dem Falle angenommen werden könne, da der Handelnde zwar nicht die Vorstellung hatte, daß einer dieser Gründe vorliege, sondern durch einen anderen Grund, welchen das positive Recht nicht dafür anerkennt, berechtigt zu sein glaubt, einen Anderen in seinen Rechten zu verletzen. Um diese Frage durch ein Beispiel in helleres Licht zu setzen, mag der Fall gedacht werden, daß Jemand sich berechtigt hält, nach einem fliehenden Diebe oder Räuber zu schießen, um auf diese Weise wieder in den Besitz der verlorenen Sache zu gelangen. Wird in diesem Falle angenommen werden dürfen, er habe die Vorstellung gehabt, der Fliehende sei seines Rechtes auf körperliche Integrität verlustig geworden? Es ist aber klar, daß die Vorstellung, welche der Handelnde dabei hat, eigentlich nur darin besteht, daß er

1) Wer z. B. den Landesherrn, den er als solchen erkennt, injuriirt, begeht dolos ein crimen majestatis, wenn er auch vielleicht wirklich nicht gewußt haben sollte, daß demselben die majestas zukomme. Ebenso ist es doloser Verwandtenmord, wenn der Verbrecher die Person, welche er zu tödten beabsichtigte, als sich verwandt kannte, ohne jedoch zu wissen, daß sich der Begriff des Verwandtenmordes bis zu dem Grade der Verwandtschaft erstrecke, in welchem er zu dem Getödteten gestanden.

2) S. oben S. 411 ff.

Digitized by Google

es für rechtlich erlaubt hält, zum Schutze des bloßen Eigenthums Nothwehr zu gebrauchen. Und diese Vorstellung betrifft zunächst nicht das subjective Recht dessen, gegen den die verletzende Handlung gerichtet worden, sondern das objective Recht selbst oder das Gesetz, von welchem er seine Handlung gestattet glaubte. Irrthum und Unwissenheit in Beziehung auf die Gesetzwidrigkeit der Handlung ist aber, wie bereits bemerkt worden, bei den Rechtsverbrechen auf das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ohne alle Bedeutung. Darum würde auch hier dieser irrigen Vorstellung nicht ein Mal die Wirkung zugeschrieben werden können, daß eine Handlung, welche außerdem eine dolose gewesen wäre, als eine nur culpose angesehen werden dürfte. Umgekehrt aber muß die Möglichkeit der verbrecherischen Willensbestimmung überhaupt, und mithin die Möglichkeit von dolus sowohl als culpa immer ausgeschlossen sein, wenn der Handelnde von der Vorstellung ausging, daß in der That einer der Gründe vorliege, durch welche nach dem positiven Rechte Jemand eines Rechtes verlustig werden kann [1]). Dabei muß es durchaus gleich-

1) Wer also sich vorstellt, von einem Anderen in der Weise angegriffen zu sein, daß er denselben verletzen müsse, um sich in seiner eigenen persönlichen Integrität zu erhalten, stellt sich vor, daß der Angreifende soweit seiner Rechte verlustig geworden sei, als die Verletzung derselben zur Erreichung dieses Zweckes nothwendig ist. S. oben S. 475. Er kann also gar nicht die Vorstellung haben, denselben in seinen Rechten zu verletzen. Anders dagegen verhält sich die Sache bei dem Nothstande und überhaupt in den Fällen, in welchen es von dem objectiven Rechte gestattet ist, einen Anderen, der seines subjectiven Rechtes nicht verlustig geworden, zu verletzen. Denn in diesen Fällen hat der Handelnde den Willen, den Anderen in seinen Rechten zu verletzen. Es kann also dabei, damit die mit Willen zugefügte Rechtsverletzung

Digitized by Google

gültig sein, ob diese Vorstellung begründet war, oder nicht, und ob es im letzteren Falle dem Handelnden leicht möglich gewesen wäre, die richtige Vorstellung zu haben[1]). Denn wenn er dieselbe nur wirklich nicht gehabt hat, so kann er auch nicht den Willen gehabt haben, das Recht eines Anderen zu verletzen.

Wie die Vorstellung, daß Jemandem ein Recht zustehe, immer ausgeschlossen ist durch die Vorstellung, daß ihm dasselbe nicht zustehe, so ist auch die Vorstellung, daß Causalzusammenhang Statt finde zwischen der Handlung und der Rechtsverletzung, nicht möglich, wenn der Handelnde von einer entgegengesetzten Vorstellung ausgeht und sich vorstellt, daß ein anderer Erfolg, als die Rechtsver-

---

nicht als Verbrechen erscheine, nicht genügen, daß der Handelnde sich vorstellte, sich in einem Falle zu befinden, in welchem die Verletzung von eines Anderen Rechten gestattet war, sondern es ist dazu schlechterdings erforderlich, daß er sich in der That in einem solchen Zustande befunden. Die bloße Vorstellung eines solchen Zustandes würde immer nur darin bestehen, daß man sich die Gesetzwidrigkeit seiner Handlung nicht vorgestellt hätte, und das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit ist, wie oft bemerkt worden ist, für das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ohne alle Bedeutung.

1) Ob der Handelnde diese Vorstellung gehabt, oder nicht, ist quaestio facti, und kann im einzelnen Falle nur aus der ganzen Sachlage erkannt werden. Die Frage ist aber nie, ob der Handelnde diese Vorstellung hätte haben können, sondern nur, ob er dieselbe wirklich gehabt. Es kann aber allerdings daraus, daß gar kein Grund vorliegt, aus welchem der Handelnde zu der Vorstellung hätte kommen können, daß er zu seiner eigenen Erhaltung Nothwehr gebrauchen müsse, geschlossen werden, daß er diese Vorstellung in der That nicht gehabt habe. S. auch oben S. 497.

Digitized by Google

letzung, aus seiner Handlung hervorgehen werde. Daher ist die Frage, wann bei dem Handelnden diese entgegengesetzte Vorstellung angenommen werden könne. Es ist früher gezeigt worden, daß juristischer Causalzusammenhang angenommen werden müsse, sowohl wenn der Handelnde wisse, daß ein bestimmter Erfolg als Folge aus einer Handlung hervorgehen werde, als wenn er nicht wisse, daß derselbe nicht hervorgehen werde. Zu der Vorstellung, daß ein anderer Erfolg, als die Rechtsverletzung, aus einer Handlung hervorgehen werde, gehört daher entweder die Vorstellung, zu wissen, daß derselbe eintreten werde, oder die Vorstellung, nicht zu wissen, daß derselbe nicht eintreten werde.

Wenn der Mensch sich vorstellt, zu wissen, daß ein anderer Erfolg, als die Rechtsverletzung, als Folge seiner Handlung eintreten werde, so ist damit von selbst die Vorstellung ausgeschlossen, daß die Handlung zu derselben führen werde. Und ohne diese Vorstellung ist bei den Rechtsverbrechen keine verbrecherische Willensbestimmung, und mithin weder dolus noch culpa möglich. Das Wissen, daß seine Handlung zu einem bestimmten Erfolge führen werde, ist aber dem Menschen nur in sofern möglich, als er weiß, daß er durch seine Thätigkeit diejenigen außerhalb seiner liegenden Ursachen oder Kräfte, aus welchen derselbe nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges hervorgehen muß, in Wirksamkeit setzen werde [1]). Folglich kann er die Vorstellung, zu wissen, daß aus seiner Handlung ein anderer Erfolg, als die Rechtsverletzung hervorgehen werde, nur in sofern haben, als er sich zu wissen vorstellt, daß er durch seine Thätigkeit solche Ursachen

1) S. oben S. 215.

oder Kräfte, welche nicht zu der Rechtsverletzung führen, in Wirksamkeit setzen werde. Ob diese Vorstellung richtig ist oder nicht, muß dabei ebenso gleichgültig sein, als der Umstand, ob der Handelnde mit Leichtigkeit im Stande gewesen wäre, die richtige Vorstellung zu haben. Wenn er sich nur in der That vorstellt, daß seine Handlung zu der Rechtsverletzung nicht führen werde, so folgt daraus von selbst die Unmöglichkeit, daß dieselbe in seinem Gedanken und Willen gelegen habe.

Wenn sich der Mensch vorstellt, nicht zu wissen, daß er einen anderen Erfolg, als die Rechtsverletzung, durch seine Handlung nicht bewirken werde, so stellt er sich damit allerdings vor, daß er die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde. Und in sofern er diese Vorstellung gehabt hat, ist ebenfalls die verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen. Es ist aber klar, daß er sich bei dieser Vorstellung nicht die Gewißheit, sondern nur die Möglichkeit vorgestellt hat, daß er die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde. Denn um sich dieses mit Gewißheit vorstellen zu können, müßte er sich vorstellen, zu wissen, daß er einen anderen Erfolg, als die Rechtsverletzung hervorbringen werde. In sofern es sich aber der Handelnde nicht als gewiß, sondern nur als möglich vorstellt, daß er die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, stellt er sich zugleich die Möglichkeit vor, daß er dieselbe hervorbringen werde. Denn wenn nicht diese Möglichkeit in seiner Vorstellung läge, müßte es ihm gewiß sein, daß er die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde. Und in sofern diese Möglichkeit in seiner Vorstellung gelegen, kann natürlicher Weise die Möglichkeit der verbrecherischen Willensbestimmung bei ihm nicht aufgehoben sein, da diese immer vorhanden ist, wenn sich der Mensch zu einer Hand-

Digitized by Google

lung bestimmt, deren Causalzusammenhang mit der Rechtsverletzung er sich vorgestellt hatte.

Wenn sich also der Mensch vorstellt, nicht zu wissen, daß er einen anderen Erfolg, als die Rechtsverletzung, durch seine Handlung nicht bewirken werde, so ist bei ihm die verbrecherische Willensbestimmung zwar möglicher Weise, aber nicht nothwendig ausgeschlossen. Aber auf der anderen Seite ist es nicht möglich, daß der Mensch die verbrecherische Willensbestimmung gehabt und zugleich nicht gehabt habe. Darum muß noch ein anderes Moment hinzu kommen, um annehmen zu können, daß er dieselbe im einzelnen Falle nicht gehabt habe.

Dieses Moment kann nur in dem Erfolge bestehen, den die Handlung in der That gehabt hat, indem immer, wenn durch eine Handlung, bei welcher der Handelnde die Vorstellung jenes Nichtwissens hatte, die Rechtsverletzung nicht bewirkt wurde, angenommen werden muß, daß dieselbe auch nicht in seinem Willen gelegen habe. Denn, wie früher gezeigt worden, ist jeder Erfolg ein gewollter, in Beziehung auf welchen der Handelnde den Gedanken gehabt hatte, daß seine Handlung zu demselben führen werde. Wenn sich also, wie es bei der Vorstellung jenes Nichtwissens der Fall ist, der Handelnde nicht die Gewißheit, sondern bloß die Möglichkeit denkt, daß er die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, so hat er zwar den Willen, dieselbe nicht hervorzubringen; aber dieser Wille geht nicht darauf, dieselbe auf keinen Fall hervorzubringen, sondern nur darauf, dieselbe unter der Voraussetzung nicht hervorzubringen, daß sie in der That nicht hervorgebracht werden würde. Und diese Voraussetzung ist nur alsdann vorhanden, wenn sie in der That nicht hervorgebracht worden war, so daß nur bei nicht eingetretener

Digitized by Google

Rechtsverletzung der Handelnde nicht den Willen derselben gehabt hatte.

Nach diesen Bemerkungen beantwortet es sich von selbst, wann ein doloses und wann ein culposes Rechtsverbrechen angenommen werden müsse.

Wenn sich der Mensch vorstellt, zu wissen, daß die Handlung, zu welcher er sich bestimmt hat, zu der Rechtsverletzung führen werde, begeht er ein doloses Verbrechen. Diese Vorstellung hat er aber, wenn er sich zu wissen vorstellt, durch seine Thätigkeit solche außerhalb seiner liegende Kräfte oder Ursachen, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die Rechtsverletzung als Folge hervorgehen muß, in Wirksamkeit zu setzen. Ob diese Vorstellung richtig ist oder nicht, und ob die Rechtsverletzung demgemäß in der That eingetreten war, oder auch nur eintreten konnte, muß für das Dasein des dolosen Verbrechens an und für sich ganz gleichgültig sein, da die Existenz jener Vorstellung nicht von der Richtigkeit derselben abhängig sein kann. Ob er sich aber wirklich vorgestellt habe, durch seine Thätigkeit diese Ursachen oder Kräfte in Wirksamkeit zu setzen, ist eine rein factische Frage, die nur nach Erwägung des ganzen Sachverhältnisses beantwortet werden kann. Der Natur der Sache nach muß in dem Umstande, daß Jemand, der in bewußtem Zustande gewesen, in der Weise thätig war, daß entweder nach der allgemeinen Erfahrung, oder nach der besonderen Erfahrung, welche der Handelnde hatte, die Ursachen oder Kräfte, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die Rechtsverletzung hervorgehen mußte, in Wirksamkeit treten mußten, der Beweis gefunden werden, daß er wirklich diese Vorstellung gehabt und mithin die Rechtsverletzung beabsichtigt hatte. Denn wie keine Vorstellung ohne Grund

Digitized by Google

in dem Menschen entstehen kann, so liegt auch darin, daß für Jemanden der Grund zu einer bestimmten Vorstellung vorhanden ist, der Beweis, daß er dieselbe wirklich gehabt hat [1]). Daß derselbe dennoch diese Vorstellung nicht gehabt, und mithin die Rechtsverletzung nicht beabsichtigt habe, kann nur unter der Voraussetzung angenommen werden, daß er besonderen Grund gehabt habe, sich eine andere Vorstellung zu bilden, welche mit derselben nicht zusammen bestehen kann. Diese andere Vorstellung kann aber entweder darin bestehen, daß er sich vorstellte, zu wissen, daß er die Ursachen oder Kräfte, aus welchen die Rechtsverletzung nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges hervorgehen muß, nicht in Wirksamkeit setzen werde, oder sie kann darin liegen, daß er sich vorstellte, nicht zu wissen, daß er dieselbe nicht in Wirksamkeit setzen werde. Im ersten Falle kann gar kein Verbrechen, im letzten nur ein culposes angenommen werden. Ob er aber die eine oder die andere Vorstellung gehabt, ist eine factische Frage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden kann [2]).

---

1) Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß damit nicht behauptet werden soll, der dolus sei zu präsumiren, sondern nur, der Beweis desselben müsse in den gesammten Umständen der That gefunden werden. Dasselbe meinen die römischen Juristen, wenn sie sagen, daß der Beweis des dolus ex re, oder ex facto genommen werden müsse. Vgl. die in meinen Abhandlungen, Band I. S. 263. Note 2. citirten Stellen.

2) Wer z. B. einem Anderen Arsenik eingiebt, oder wer nach ihm mit einer geladenen Flinte schießt, liefert durch seine Thätigkeit den Beweis, daß er die Absicht zu tödten habe. Daß er diese Absicht nicht gehabt, kann nur angenommen werden, wenn er Grund hatte, sich die eine oder andere Vorstellung zu machen.

Digitized by Google

Es bedarf nach dem Bisherigen keiner weiteren Auseinandersetzung, wenn sich der Handelnde wirklich vorstellte, daß er die Ursachen oder Kräfte, aus welchen nach den Gesetzen des Causalzusammenhanges die Rechtsverletzung als Folge hervorgehen muß, durch seine Thätigkeit nicht in Wirksamkeit setzen werde, so kann ihm die Rechtsverletzung nicht allein nicht als dolose, sondern auch nicht ein Mal als culpose Verbrechen zugerechnet werden. Denn durch diese Vorstellung ist die zum dolosen sowohl, als culposen Rechtsverbrechen erforderliche Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen der Handlung und der Rechtsverletzung nothwendiger Weise ausgeschlossen [z]). Auf der

---

Konnte er sich vorstellen, zu wissen, die eingegebene Substanz sei gar keine giftige, oder die Flinte sei gar nicht geladen gewesen, indem ihm etwa für Zucker Arsenik verkauft worden war, oder indem Jemand seine Flinte hinter seinen Rücken geladen, so kann ihm die Verletzung, die er angerichtet, gar nicht als Verbrechen angerechnet werden. Mußte er sich dagegen vorstellen, nicht zu wissen, ob die Substanz, welche er eingab, giftig war, oder nicht, oder ob die Flinte geladen oder ungeladen war, so ist seine Handlung ein culposes Verbrechen.

1) Aber deßwegen fällt die privatrechtliche Verantwortlichkeit noch nicht hinweg, da Civilculpa und Criminalculpa wohl zu unterscheiden sind. S. oben S. 299. Wer z. B. einem Anderen einen leichten Schlag giebt, an welchem derselbe wegen seiner besonderen körperlichen Constitution stirbt, haftet privatrechtlich, aber nicht criminalrechtlich, weil in der allgemeinen Erfahrung genügender Grund liegt, sich vorzustellen, daß ein leichter Schlag keine tödtliche Wirkung haben werde. S. oben S. 300. Ein anderes Beispiel giebt die Carolina Art. 145. in Vergleichung mit l. 45. §. 4. D. 9. 2. Wer bei Ausübung rechter Nothwehr einen dritten Unschuldigen tödtet, ist nach Art. 145 von peinlicher Strafe entschuldigt, während er nach der l. 45. cit. der privatrechtlichen

anderen Seite aber muß immer ein dolofes Verbrechen angenommen werden, wenn der Handelnde in einer Weise thätig war, daß nach der allgemeinen Erfahrung oder nach seiner besonderen Erfahrung die zu der Rechtsverletzung führenden Ursachen oder Kräfte in Wirksamkeit gesetzt werden mußten, ohne daß dabei angenommen werden kann, er habe eine der beiden anderen Vorstellungen gehabt, bei welchen seine Willensbestimmung entweder gar keine verbrecherische, oder wenigstens nur eine culpose hätte sein können. Daß er vielmehr in diesem Falle nicht die Absicht gehabt hätte, die Rechtsverletzung hervorzubringen, würde nur auf seiner eigenen Aussage beruhen können. Und diese würde ihre Widerlegung eben darin finden, daß er bei der Vorstellung, die bei ihm als bewiesen angenommen werden muß, keine andere Absicht, als die der Rechtsverletzung gehabt haben kann [1]).

Verantwortlichkeit unterliegt. Denn wer Nothwehr gebraucht, stellt sich vor, daß er den Angreifenden treffen werde, und hat daher nicht die zur verbrecherischen Willensbestimmung erforderliche Vorstellung von dem Causalzusammenhange zwischen seiner Handlung und der hervorgebrachten Rechtsverletzung. Darnach hat Heffter, §. 56. Note 2. nicht Recht, wenn er im Falle des Art. 145. nicht jede, sondern nur die peinliche Strafe ausschließen will.

1) Wer einem Anderen den Dolch in die Brust stößt, oder ihm den Kopf einschlägt, oder nach ihm schießt, kann keinen Glauben finden, wenn er behauptet, nicht die Absicht gehabt zu haben, ihn zu tödten. Auch wenn die Tödtung nicht wirklich eingetreten ist, kann ihm keine andere, als diese Absicht zugeschrieben werden. In allen unseren Lehrbüchern ist noch von einem dolus indeterminatus die Rede, der Theils den so genannten eventuellen Dolus, Theils den so genannten alternativen

Digitized by Google

Wie aber, ungeachtet der Handelnde in einer Weise thätig war, daß nach der allgemeinen Erfahrung die zu der Rechtsverletzung führenden Ursachen oder Kräfte in Wirksamkeit gesetzt werden mußten, keine böse Absicht oder kein dolus angenommen werden darf, wenn er dabei von der Vorstellung ausging, daß er dieselben nicht in Wirksamkeit setzen werde, so kann auch umgekehrt keine gute Absicht oder kein Mangel des dolus angenommen werden, wenn der Handelnde zwar in einer Weise thätig war, daß jene Ursachen oder Kräfte nicht in Wirksamkeit gesetzt wurden oder werden konnten, aber dabei von der Vorstellung ausging, daß er dieselben in der That in Wirksamkeit setzen werde. Ob er diese Vorstellung gehabt, ist abermals eine rein factische Frage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden kann. Die Rechtsverletzung wird zwar dabei nicht zur Vollendung kommen [1]); aber nichtsdestoweniger hat dieselbe in der Absicht des Handelnden gelegen, wenn er sich vorstellte, zu wissen, daß er diejenigen Ursachen oder Kräfte in Wirksamkeit

---

Dolus in sich begreife. Der erstere soll vorhanden sein, wenn Jemand zunächst einen geringeren Erfolg beabsichtige, aber in den schlimmeren Erfolg, wenn es nicht anders sein könne, einwillige; der andere, wenn es dem Handelnden, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, z. B. um sich zu rächen, gleichgültig sei, ob dieser oder jener Erfolg eintrete. Allein dieser dolus indeterminatus kann immer nur auf den eigenen Angaben des Thäters beruhen, denen gar kein Glaube beigemessen werden darf. Die richtigen Grundsätze des römischen Rechtes, welches keinen dolus indeterminatus kennt, habe ich in meinen Abhandlungen, Band I. S. 261 ff. angegeben.

1) In diesem Falle ist Versuch vorhanden. Vgl. darüber oben S. 188. und meine Abhandlungen Band I. S. 285.

Digitized by Google

setzen werde, aus welchen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges die Rechtsverletzung hervorgehen mußte.

Wenn der Handelnde sich vorstellt, nicht zu wissen, daß er durch seine Handlung die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, und dieselbe in der That hervorbringt, begeht er ein culposes Verbrechen. Er hat aber diese Vorstellung, wenn er sich vorstellt, nicht zu wissen, daß er durch seine Thätigkeit die zu der Rechtsverletzung führenden Kräfte oder Ursachen nicht in Wirksamkeit setzen werde. Und auch hier ist es eine rein factische Frage, ob der Handelnde diese Vorstellung wirklich gehabt habe. Wenn er in einer Weise thätig war, daß nach der allgemeinen Erfahrung die Ursachen oder Kräfte, aus welchen das Verbrechen nach dem Gesetze des Causalzusammenhanges hervorgehen mußte, zwar nicht nothwendig in Wirksamkeit gesetzt werden mußten, aber doch in Wirksamkeit gesetzt werden konnten, muß angenommen werden, daß er diese Vorstellung gehabt habe.[1]) Der Grund zu dieser Annahme liegt eben in der allgemeinen Erfahrung, von welcher ohne besonderen Grund nicht angenommen werden kann, daß sie Jemand nicht gehabt habe. Daß er dennoch diese Vorstellung nicht gehabt habe, wird nur unter der Voraussetzung angenommen werden dürfen, daß er bei seiner Thätigkeit von der Vorstellung ausging, er werde durch dieselbe jene Ursachen oder Kräfte nicht in Wirksamkeit setzen. Und ob er diese Vorstellung wirklich gehabt habe, wird abermals nur darnach beurtheilt werden können, ob Grund zu derselben vorhanden gewesen sei.[2]) Umgekehrt darf aber daraus, daß Jemand in einer

1) Beispiele in der Carolina Art. 134. 136 146.

2) Z. B. Jemand, der an einem gangbaren Orte schießt und einen Anderen tödtet, begeht ein culposes Verbrechen, weil er nicht

Weise thätig war, welche nach der allgemeinen Erfahrung nicht zu der Rechtsverletzung führt, nicht ohne Weiteres geschlossen werden, daß er die Vorstellung gehabt habe, er werde dieselbe nicht hervorbringen. Denn es könnte für ihn ein besonderer Grund vorhanden gewesen sein, aus welchem in ihm die Vorstellung hätte entstehen müssen, daß die Rechtsverletzung als Folge seiner Handlung möglicher Weise eintreten könnte [1]). In keinem Falle kann aber von einem culposen Rechtsverbrechen die Rede sein, wenn nicht in der That eine Rechtsverletzung hervorgebracht worden war. Denn wenn sich der Handelnde nicht die Gewißheit, sondern nur die Möglichkeit vorstellt, daß die Rechtsverletzung als Folge seiner Handlung eintreten werde, so hat dieselbe nicht auf jeden Fall, sondern nur unter der Voraussetzung in seinem Willen gelegen, daß sie in der That eintreten würde. [2])

---

wußte, daß er ihn nicht treffen würde, und sich nach der allgemeinen Erfahrung dieses Nichtwissens bewußt war. Wenn er dagegen besondere Vorsichtsmaßregeln getroffen hatte, welche in ihm die Vorstellung erzeugen konnten, daß sich Niemand daselbst befinde, ist die dennoch vorgefallene Tödtung keine verbrecherische, obwohl er privatrechtlich immer für dieselbe haften muß.

1) Es kann Jemand im Besitze besonderer technischer Kenntnisse sein, vermöge deren er die Möglichkeit eines Erfolges voraussieht, der nach der allgemeinen Erfahrung nicht vorausgesehen werden konnte.

2) Daraus ergiebt sich, daß es keinen Versuch des culposen Verbrechens geben kann. Vgl. darüber meine Abhandl. Band I. S. 266. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß gemeingefährliche Handlungen, welche keinen Schaden verursacht haben, als selbstständige Vergehen hervorgehoben sein können.

Digitized by Google

Nunmehr muß am Schlusse dieser Abhandlung zu der Betrachtung derjenigen verbrecherischen Willensbestimmung übergegangen werden, welche zu den Verbrechen der anderen Art, den Gesetzesverbrechen nämlich, erforderlich ist.

Der wesentliche Unterschied, der zwischen Gesetzesverbrechen und Rechtsverbrechen Statt findet, ist schon früher angegeben worden. Namentlich ist gezeigt worden, daß bei den Gesetzesverbrechen der nächste Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, weil nämlich das objective Recht durch sie verletzt wird, zusammenfällt mit dem entfernteren Grunde, aus welchem sie Verbrechen sind, dem Grunde nämlich, aus welchem das objective Recht durch sie verletzt wird. Denn dieses objective Recht, welches verbietet, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, kann nicht anders verletzt werden, als durch die entsprechende Begehung oder Unterlassung, so daß hierin der nächste Grund der Gesetzesverbrechen liegt. In dieser Begehung oder Unterlassung liegt aber zugleich auch der entferntere Grund derselben, da das Verbot, die in einem Verbote oder Gebote bezeichnete Handlung zu begehen oder zu unterlassen, nothwendig schon in diesem Verbote oder Gebote selbst enthalten ist, welches ebenfalls nicht anders, als durch die entsprechende Begehung oder Unterlassung verletzt werden kann [1]). Bei den Rechtsverbrechen fällt dagegen der nächste und der entfernte Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, keines Weges in Eins zusammen. Denn hier liegt der nächste Grund, aus welchem sie Verbrechen sind, darin, daß durch sie das in dem objectiven Rechte

1) S. oben S. 172 und 173.

Digitized by Google

enthaltene Verbot, die Rechte anderer Menschen zu verletzen, gebrochen wird; der entferntere dagegen darin, daß in ihnen die Richtung auf die Verletzung subjectiver Rechte enthalten ist, weil eben jenes Verbot nicht anders, als durch diese Richtung verletzt werden kann [1]). Daraus muß aber für die verbrecherische Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen ein wesentlicher Unterschied hervorgehen.

In Ansehung der Rechtsverbrechen ist gezeigt worden, es sei bei denselben zur verbrecherischen Willensbestimmung keines Weges erforderlich, daß sich der Wille auf den nächsten Grund des Verbrechens beziehe, oder mit anderen Worten, daß der Wille darauf gehe, das objective Recht selbst zu verletzen, was nicht ohne das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit möglich sein würde, sondern es komme nur darauf an, daß sich der Wille auf den entfernteren und eigentlichen Grund des Verbrechens erstrecke, oder mit anderen Worten, daß die Verletzung des subjectiven Rechtes in demselben gelegen habe [2]). Denn das objective Recht kann nicht anders verletzt werden, als durch den Willen, eine Handlung zu begehen, welche nach demselben nicht begangen werden durfte, sowie umgekehrt in diesem Willen immer eine Verletzung desselben enthalten sein muß.

Auch bei den Gesetzesverbrechen kann zur verbrecherischen Willensbestimmung Nichts weiter erforderlich sein, als der Wille, die Handlung zu begehen, welche nach dem objectiven Rechte nicht begangen werden durfte. Mit anderen Worten heißt das Nichts Anderes, als daß auch bei den Gesetzesverbrechen zum Dasein der verbrecherischen Willens-

1) S. oben S. 173.

2) S. oben S. 519.

Digitized by Google

bestimmung nur das erforderlich sei, daß sich der Wille auf den entfernteren Grund des Verbrechens erstrecke. Aber bei den Gesetzesverbrechen fällt, wie gezeigt worden ist, der entferntere Grund zusammen mit dem nächsten Grunde, aus welchem sie Verbrechen sind.

Daraus folgt aber, daß es zu der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen schlechterdings erforderlich ist, daß die Handlung, welche man begehen oder unterlassen wollte, in der That verboten oder geboten war. Denn wäre sie es nicht wirklich, sondern bloß in der irrigen Meinung des Handelnden gewesen, so würde er durch seinen Willen, dieselbe zu begehen oder zu unterlassen, das Verbot des objectiven Rechtes, eine verbotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, nicht wirklich verletzen, sondern eben nur den Willen dieser Verletzung haben, und das Verbrechen besteht nur in einer wirklichen Verletzung des objectiven Rechtes [1]). Eine Willensbestimmung aber, durch welche das objective Recht nicht verletzt wird, kann auf keinen Fall eine verbrecherische Willensbestimmung sein. Umgekehrt aber kann das objective Recht nicht anders, als durch die verbrecherische Willensbestimmung, oder den Willen, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, verletzt werden. Es läßt sich aber auch sagen, daß das objective Recht bei den Gesetzesverbrechen nicht anders, als durch die Begehung oder Unterlassung der verbotenen oder gebotenen Handlung verletzt werden könne. Und hieraus folgt, daß nur die mit dem Willen, das Verbot oder Gebot zu verletzen, begangene

1) S. oben S. 194.

Digitized by Google

oder unterlassene Handlung die verbotene oder gebotene Handlung sein kann.

Um daher das Wesen der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen zu erkennen, kommt es nur auf die Beantwortung der Frage an, was dazu gehöre, daß Jemand den Willen habe, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen.

Daß dazu vor Allem die wirkliche Existenz eines entsprechenden Verbotes oder Gebotes erforderlich sei, ist schon bemerkt worden. Es ist aber klar, daß nicht ohne Weiteres aus dem Umstande, daß Jemand eine Handlung begeht oder unterläßt, welche wirklich verboten oder geboten war, geschlossen werden kann, daß er auch den Willen dazu gehabt habe.

Denn wie der Mensch überhaupt nur wollen kann, in sofern er denkt, so kann er auch die verbotene oder gebotene Handlung nur unter der Voraussetzung wollen, daß dieselbe wirklich als die verbotene oder gebotene in seinen Gedanken gelegen habe. Die Handlung wird aber zur verbotenen oder gebotenen erst durch das Verbot oder Gebot, so daß das Bewußtsein von diesem schlechterdings erforderlich ist, damit Jemand den Willen haben könne, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen. Dieser Wille oder die verbrecherische Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen läßt sich daher auch als der Wille definiren, ein Verbot oder ein Gebot zu verletzen, da der Mensch nothwendig den Willen dieser Verletzung hat, wenn er sich zu einer Handlung bestimmt, mit dem Gedanken, dadurch einem Gebote oder Verbote zuwider zu handeln.

Das Bewußtsein oder die Kenntniß des Verbotes oder

Digitized by Google

Gebotes, welches hier zu der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen erfordert wird, ist aber, wie sich aus dem Bisherigen von selbst ergiebt, nur in sofern dazu erforderlich, als ohne dieses Bewußtsein der entferntere Grund, aus welchem die Gesetzesverbrechen Verbrechen sind, nicht vorhanden sein kann, der Wille nämlich, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen. In Beziehung auf den nächsten Grund aber, aus welchem sie Verbrechen sind, daß nämlich durch sie das Verbot des objectiven Rechtes verletzt wird, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, kann es bei den Gesetzesverbrechen ebenso wenig, wie bei den Rechtsverbrechen, nothwendig sein, daß sich der Wille darauf erstreckt habe. Denn das objective Recht wird immer verletzt, wenn der Mensch seinen Willen zu einer Handlung bestimmte, welche nach demselben nicht begangen werden sollte, und es macht dabei keinen Unterschied, daß diese Verletzung nicht in seinem Bewußtsein und Willen gelegen.

Zwar ist der Wille, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, nothwendig zugleich der Wille, dem Verbote des objectiven Rechtes zuwider zu handeln, welches die Begehung oder Unterlassung einer verbotenen oder gebotenen Handlung verbietet; allein dennoch ist es wichtig, nicht zu übersehen, daß bei den Gesetzesverbrechen die Kenntniß oder das Bewußtsein des Gebotes oder Verbotes nur in Beziehung auf dieses Gebot oder Verbot selbst, nicht auch in Beziehung auf dasjenige Verbot, welches verbietet, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, zum Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung erforderlich ist. Denn

Digitized by Google

es kann allerdings kommen, daß Jemand eine Handlung begeht, welche er als eine verbotene kennt, ohne daß er sich deßwegen bewußt ist, dem Verbote zuwider zu handeln, welches die Begehung einer verbotenen Handlung verbietet. In derselben Weise nämlich, in welcher es von dem objectiven Rechte gestattet ist, unter gewissen Umständen die Rechte eines Anderen zu verletzen, muß es von demselben auch erlaubt sein, eine Handlung, welche sonst verboten ist, zu begehen [1]). Die Handlung ist freilich alsdann gar nicht mehr die verbotene Handlung, sowie auch der Wille, dieselbe unter diesen Umständen zu begehen, nicht mehr der Wille ist, die verbotene Handlung zu begehen; allein sie hört nicht darum auf, die verbotene zu sein, weil an und für sich kein Verbot existirte, unter welchem sie stände, sondern nur darum, weil es durch ein anderes Gesetz gestattet ist, unter bestimmten Umständen dem Verbote zuwider zu handeln. Wenn sich daher Jemand vorstellt, es sei in dem Falle, in welchem er sich befindet, gesetzlich gestattet, eine sonst verbotene Handlung zu begehen, so hat er zwar das Bewußtsein gehabt, eine verbotene Handlung zu begehen, nicht aber zugleich das Bewußtsein, damit dem Verbote, welches die Begehung einer verbotenen Handlung verbietet, zuwider zu handeln. Und ob in diesem Falle seine Handlung Verbrechen sei, oder nicht, kann nur davon abhängen, ob seine Vorstellung, daß es gestattet gewesen, die sonst verbotene Handlung zu begehen,

---

1) Nämlich im Falle eines Nothstandes und gesetzlich verbindlichen Befehles, indem hier dieselben Gründe einschlagen, welche oben S. 509 für die Rechtsverbrechen geltend gemacht worden sind.

Digitized by Google

richtig oder unrichtig gewesen, da im letzteren Falle sein Wille unbestreitbar einen Gegensatz gegen das objective Recht bilden und mithin verbrecherisch sein würde. War seine Vorstellung richtig, so hat er zwar, wie schon gezeigt worden ist, überhaupt nicht den Willen gehabt, eine verbotene Handlung zu begehen; allein das Dasein dieses Willens ist nicht aus dem Grunde ausgeschlossen, weil es ihm an dem Bewußtsein gefehlt hätte, daß seine Handlung verboten sei, sondern nur darum, weil es von dem Gesetze verstattet war, die verbotene Handlung zu begehen. Er würde in diesem Falle den Willen, die verbotene Handlung zu begehen, selbst alsdann nicht haben, wann ihm diese gesetzliche Gestattung unbekannt gewesen wäre, weil dessenungeachtet das Verbot, die verbotene Handlung zu begehen, von ihm nicht wirklich verletzt worden sein könnte. Aber gerade daraus folgt, daß es für das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen überhaupt nur darauf ankommt, daß er das Bewußtsein gehabt habe, die Handlung sei an und für sich verboten, und daß es ganz gleichgültig ist, ob er daneben noch die Vorstellung oder das Bewußtsein, die verbotene Handlung sei unter den vorliegenden Umständen gestattet, gehabt oder nicht gehabt habe. Wenn sie nur in der That nicht gestattet war, hat er immer den Willen gehabt, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, so oft das Verbot oder Gebot in seinem Bewußtsein gelegen hatte.

Die verbrecherische Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen besteht also in dem Willen, die verbotene oder gebotene Handlung zu begehen oder zu unterlassen, und dieser Wille ist Nichts Anderes, als der Gedanke, daß durch die Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat,

Digitized by Google

einem Gebote oder Verbote werde zuwider gehandelt werden. Dieser Gedanke begreift aber der Natur der Sache nach die zweifache Vorstellung in sich, Theils, daß die Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, wirklich dieselben Eigenschaften oder Merkmale, wie die verbotene oder gebotene, an sich trage [1]), Theils, daß zwischen dieser Handlung und der Verletzung des Verbotes oder Gebotes Causalzusammenhang Statt finde. Ohne die erstere Vorstellung ist diese zweite nicht möglich; aber umgekehrt ist diese nicht immer nothwendig vorhanden, wo jene vorhanden ist. Denn begreiflicher Weise kann Jemand die Absicht haben, eine Handlung von der nämlichen Eigenschaft, als die verbotene, hervorzubringen, ohne nothwendig eine Verletzung des Verbotes selbst zu beabsichtigen [2]).

Darum braucht über diese erste Vorstellung Nichts weiter hinzugefügt zu werden. Es kann immer nur darauf ankommen, ob Jemand dieselbe gehabt habe oder nicht, und ob das der Fall gewesen, ist eine rein factische Frage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden kann. Ob dieselbe richtig gewesen oder nicht, muß ganz gleichgültig sein, da die Existenz dieser Vorstellung nicht durch die Richtigkeit derselben bedingt sein kann. Ebenso wenig kann etwas darauf ankommen, ob der Han-

---

1) Daher ist jede verbrecherische Willensbestimmung ausgeschlossen, wenn der Handelnde von einer anderen Vorstellung ausging und eine Handlung von ganz anderen Eigenschaften zu begehen glaubte, wie z. B. kein Ehebruch oder kein Incest denkbar ist, wenn der Handelnde mit einer nicht verheiratheten oder nicht verwandten Person zu concumbiren vermeinte.

2) So oft er sich nämlich vorstellte, die Handlung sei nicht verboten.

Digitized by Google

delnde, der diese Vorstellung nicht hatte, und dennoch eine Handlung hervorbrachte, welche die äußeren Eigenschaften der verbotenen an sich trug, mit Leichtigkeit im Stande gewesen wäre, sich diese Vorstellung zu verschaffen [1]). Denn es bleibt dessenungeachtet wahr, daß er dieselbe wirklich nicht gehabt hatte. Diese Vorstellung kann aber nicht unter verschiedenen Modificationen in dem Menschen vorkommen. Er kann dieselbe nur entweder haben oder nicht haben, und deßwegen können in dieser Beziehung keine Verschiedenheiten der verbrecherischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen entstehen.

Die andere Vorstellung dagegen, daß Causalzusammenhang Statt finde zwischen der Handlung oder Unterlassung und der Verletzung des Verbotes oder Gebotes, kann verschieden vorkommen, je nachdem sie sich auf die eine oder die andere der beiden angegebenen Arten des Causalzusammenhanges bezieht [2]). Und aus der Verschiedenheit dieser Vorstellung muß auch für die Gesetzesverbrechen in ähnlicher Weise, wie für die Rechtsverbrechen, eine Verschiedenheit der verbrecherischen Willensbestimmung hervorgehen.

Wenn sich der Mensch vorstellt, zu wissen, daß zwischen seiner Handlung oder Unterlassung und der Verletzung des Verbotes oder Gebotes Causalzusammenhang Statt

---

1) In den meisten Fällen wird angenommen werden können, daß es dem Handelnden möglich gewesen, sich die richtige Vorstellung zu verschaffen; aber dennoch wird die Handlung dadurch nicht zum culposen Verbrechen, wie z. B. kein culposer Ehebruch dadurch entsteht, daß der eine Concumbent leicht im Stande gewesen wäre, zu erfahren, daß der andere verheirathet gewesen.

2) S. oben S. 529.

Digitized by Google

finde, so hat dieselbe nicht allein in seinem Willen, sondern auch in seiner Absicht gelegen. Denn er hat alsdann den Willen gehabt, auf jeden Fall eine Verletzung des Verbotes oder Gebotes zu begehen. Seine Handlung ist deßhalb ein doloses Verbrechen. Sie besteht aber, diese Vorstellung, darin, daß der Mensch sich vorstellte, es existire ein Verbot oder Gebot, dem er durch seine Handlung oder Unterlassung zuwider handelte. Daß diese Vorstellung auch wirklich begründet sein müsse, und daß es kein Verbrechen sei, eine Handlung zu begehen oder zu unterlassen, welche man irriger Weise für verboten oder geboten hielt, ist schon bemerkt worden. Ob er aber dieselbe gehabt oder nicht, ist eine rein factische Frage, welche nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden kann.

Wenn sich der Mensch vorstellt, nicht zu wissen, daß durch seine Handlung oder Unterlassung die Verletzung eines Verbotes oder Gebotes nicht werde begangen werden, so hat diese Verletzung zwar ebenfalls in seinem Willen, aber nicht in seiner Absicht gelegen. Denn er hat sich alsdann diese Verletzung nicht als gewiß, sondern nur als möglich gedacht und mithin dieselbe nur in sofern gewollt, als sie möglicher Weise eintreten würde. Seine Handlung ist daher nur ein culposes Verbrechen. Und auch hier ist es lediglich quaestio facti, ob der Handelnde diese Vorstellung wirklich gehabt habe. Diese Vorstellung besteht aber darin, daß der Handelnde sich bewußt ist, nicht zu wissen, daß kein Verbot oder Gebot existire, welches von ihm verletzt werden könnte.[1]). Daß auch hier von einem Ver-

1) Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß das Bewußtsein des Verbotes oder Gebotes, welches hier zur verbreche-

brechen nur unter der Voraussetzung die Rede sein kann, daß wirklich ein Verbot oder Gebot existirte, welches von ihm verletzt wurde, braucht kaum bemerkt zu werden.

---

rischen Willensbestimmung bei den Gesetzesverbrechen erfordert wird, nicht mit der Kenntniß des Strafgesetzes zu verwechseln ist, welches die Uebertretung mit Strafe bedroht. S. oben S. 99 und S. 518. Daß aber die Kenntniß des Gebotes oder Verbotes bei den Gesetzesverbrechen zum dolus gehöre, wird auch von dem positiven Rechte anerkannt, indem in l. 3. §. 22. D. 29. 5. ausdrücklich erklärt wird, der dolus, mit welchem dem SC. Silanianum zuwider gehandelt werde, bestehe nicht darin, daß man die factischen Verhältnisse gekannt habe, sondern darin, daß man mit dem Bewußtsein des Verbotes gehandelt habe. In vielen anderen Stellen (vgl. dieselben bei Wächter, §. 73. Note 43.) wird zwar erklärt, daß dem Handelnden die Berufung auf ignorantia juris nicht zu Statten kommen solle. Allein man darf daraus nicht schließen, daß der error juris in Beziehung auf das Gebot oder Verbot für das Dasein des dolus bei den Gesetzesverbrechen ohne Bedeutung wäre. Vielmehr sagen diese Stellen weiter Nichts, als daß jener Berufung nicht ohne Weiteres Glauben beigemessen werden könne, wie denn auch in der That ohne besonderen Grund nicht angenommen werden kann, daß Jemand die Gesetze nicht gekannt habe, zumal wenn Handlungen darin verboten werden, die sich schon nach dem allgemeinen Rechtsgefühle als verwerfliche ergeben. Als allgemeine Gründe, aus welchen der Berufung auf Rechtsunwissenheit Glauben beigemessen werden darf, erkennt das römische Recht an Minderjährigkeit, rusticitas und weibliches Geschlecht (vgl. die bei Wächter, §. 73. S. 121. citirten Stellen), obgleich natürlich nicht bei jeder in eine dieser Classen gehörige Person Rechtsunwissenheit angenommen werden darf, sondern namentlich in Ansehung solcher Verbote, die mit dem natürlichen Rechtsgefühle übereinstimmen, angenommen werden kann, daß auch sie dieselben gekannt haben. Es kann aber nur aus den gesammten Umständen der That ermessen werden, ob Jemand Kenntniß des

Digitized by Google

Das culpose Gesetzesverbrechen ist folglich nicht möglich ohne ein unrichtiges Wissen in Beziehung auf die Existenz des Verbotes oder Gebotes, unter welchem die Handlung oder Unterlassung steht. Denn wenn eine Handlung wirklich verboten oder geboten ist, und der Mensch nicht weiß, daß sie es ist, sondern wenn er bloß nicht weiß, daß sie es nicht ist, so ist sein Wissen offenbar ein unrichtiges, da er, um das Richtige zu wissen, wissen müßte, daß sie in der That verboten oder geboten gewesen. Aber dieses unrichtige Wissen, in welchem er befangen, schließt nicht die Möglichkeit aus, daß er sich vorgestellt habe, zu wissen, er handle keinem Verbote oder Gebote zuwider. Und mit dieser Vorstellung kann unmöglich die andere Vorstellung, daß er einem Verbote oder Gebote zuwider handeln werde, zusammenbestehen, so daß durch dieselbe, wenn sie anders wirklich vorhanden gewesen, nothwendig jede verbrecherische Willensbestimmung, und mithin dolus sowohl als culpa ausgeschlossen sein muß. Daher kann aus Irrthum und Unwissenheit in Beziehung auf die Existenz des Verbotes oder Gebotes nur unter der Voraussetzung ein culposes Gesetzesverbrechen begangen werden, daß der Han-

---

Verbotes gehabt habe, oder nicht. Auch volljährige männliche Personen, bei welchen nicht leicht Rechtsunwissenheit angenommen werden kann, können durch ihr Benehmen den Beweis liefern, daß sie sich in der That in derselben befunden, und ebenfalls kein dolоses Gesetzesverbrechen begangen haben können. Dafür spricht die in dieser Beziehung meistens übersehene l. 38. §. 3. D. 48. 5. nach welcher Männer wegen Incestes geringer bestraft werden sollen, wenn sie denselben in Form einer Ehe begangen haben. Denn diese Form liefert den Beweis, daß sie in gutem Glauben und Unkenntniß des Verbotes gehandelt haben.

Digitized by Google

delnde sich sein unrichtiges Wissen vorgestellt hatte, oder sich desselben bewußt gewesen war. Ob aber das wirklich der Fall gewesen, oder ob nicht vielmehr der Handelnde in seinem unrichtigen Wissen jene entgegengesetzte Vorstellung gehabt habe, welche jede verbrecherische Willensbestimmung ausschließt, ist abermals eine rein factische Frage, die nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden kann [1]).

---

1) In Ansehung solcher Gesetzesverbrechen, deren Verwerflichkeit schon das natürliche Gefühl eingiebt, wie Ehebruch und Incest zwischen Ascendenten und Descendenten, wird nur dolose Begehung vorkommen können, da hier von Jedem angenommen werden kann, daß er gewußt habe, er begehe eine verbotene Handlung. Ebenso in Ansehung derjenigen Gesetzesverbrechen, deren Verwerflichkeit nicht schon auf dem natürlichen Gefühle beruht, wie in dem Falle der l. 3. §. 22. D. 29. 5, da hier Jeder, der das Verbot nicht wirklich kennt, Grund hat, sich vorzustellen, daß er eine erlaubte Handlung begehe. Culpose Gesetzesverbrechen werden vorzüglich in den Fällen vorkommen, da man weiß, daß Handlungen einer bestimmten Art verboten sind, und nur darüber im Irrthume ist, daß die Handlung, welche man begehen will, noch unter das Gebot falle, z. B. bei Incest über die Grade der Verwandtschaft, bis zu welchen das Verbot geht, bei Hazardspielen über die Zeit, zu welcher dieselben erlaubt sind u. s. w. Wer in solchen Fällen nicht bestimmte Erkundigung eingezogen und dadurch Grund erhalten hat, sich vorzustellen, er begehe eine erlaubte Handlung, muß sich vorstellen oder bewußt sein, nicht zu wissen, daß er keine verbotene Handlung begeht.

Digitized by Google

Digitized by Google

18..

Digitized by Google